

## QUESTIONI APERTE

---

### Inviolabilità del domicilio

#### La decisione

**Delitti contro la inviolabilità del domicilio - Accesso abusivo a sistema informatico - Delitto commesso da pubblico ufficiale - Abuso di potere o violazione di dovere - Sviamento di potere (C.p., artt. 615-ter; 615-ter, co. 2, c.p., n. 1)**

*Integra il delitto previsto dall'art. 615-ter, co. 2, n. 1, c.p., la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, pur essendo abilitato e pur non violando le prescrizioni formali impartite dal titolare di un sistema informatico o telematico protetto per delimitare l'accesso (nella specie, Registro delle notizie di reato: Re. Ge.) acceda o si mantenga nel sistema per ragioni ontologicamente estranee e comunque diverse rispetto a quelle per le quali, soltanto, la facoltà di accesso gli è attribuita.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 8 settembre 2017 (ud. 18 maggio 2017), - CANZIO, *Presidente* - SAVANI, *Relatore* - STABILE, *P.G.*, conf. - Savarese, *ricorrente*.

### L'abuso del diritto in cerca di direzione penale Spunti dall'esegesi delle Sezioni unite sul delitto di mantenimento abusivo in sistema informatico

Lo scritto analizza i diversi arresti giurisprudenziali sul delitto ex art. 615-ter, per poi soffermare l'attenzione sul principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite dopo lunghi anni di disorientamento. Da ultimo viene dato risalto al concetto di abuso del diritto, ed infine ne vengono spiegati in maniera critica e attenta i connotati descrittivi.

*The writing analyzes the individual arrests jurisprudential on the crime ex art. 615-ter, and then to focus on the principle of right enunciated by the United sections after long years of disorientation. Lastly, the concept of abuse of the law is emphasized, and finally the descriptive connotations are explained in a critical and attentive manner.*

**SOMMARIO:** 1. Le Sezioni unite precisano sé stesse, assieme ad un quinquennio di disorientamenti giurisprudenziali sul delitto ex art. 615-ter c.p. 2. I connotati descrittivi dell'“abuso” dell'altrui domicilio informatico. 2.1 Abusività, tipicità, altro. 3. L'abuso del diritto/dovere nell'epistemologia dell'offensività penale. 3.1. La persona umana nella rete dei diritti penalmente tutelati. 3.2. Nuovi diritti di dignità umana, nuovi beni giuridici penali. 3.3. Il diritto individuale all'autodeterminazione informativa, nel segno del consenso sociale. 4. Il delitto e l'offesa: l'art. 615-ter c.p. riconsiderato. 4.1. L'individuale umanità del bene giuridico difeso dal reato. 4.2. Incursioni tra casi tipici e casi inoffensivi.

**1. Le Sezioni unite precisano sé stesse, assieme ad un quinquennio di disorientamenti giurisprudenziali sul delitto *ex art. 615-ter c.p.***

È trascorso circa un lustro da quando le Sezioni unite provavano a risolvere il quesito esegetico che una diffusa prassi applicativa aveva sollevato nell'individuare la sfera di tipicità dell'art. 615 ter c.p.<sup>1</sup>: l'intervento delle Sezioni unite c.d. Casani, n. 4694 del 27 ottobre 2011, "proponeva" di non ritenere integrata la fattispecie delittuosa dalla condotta di chi, avendo titolo per accedere al sistema, se ne fosse avvalso per finalità estranee a quelle di ufficio<sup>2</sup>. Il circolo interpretativo, mai spezzato, è proseguito fino a raggiungere nuovamente le carte del Supremo Consesso, impegnato così nella motivazione della sentenza delle Sez. un. 18 maggio 2017 - dep. 8 settembre 2017- n. 41210<sup>3</sup>. Era stata la stessa Quinta Sezione, infine remittente della nuova questione, ad avere aperto un ulteriore capitolo di controversia attorno alla violazione di prescrizioni "di principio", segnatamente quelle dell'agire amministrativo contenute nell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Su due piani paralleli, di incomunicabilità, si ponevano difatti la decisione n. 22024 del 24 aprile 2013, Carnevale, Rv. 255387, e la pronuncia n. 44390 del 20 giugno 2014, Mecca, Rv. 260763. In breve, secondo l'una, nel caso in cui l'agente sia un

<sup>1</sup> L'art. 615-ter c.p. sanziona, al primo comma, il comportamento di chiunque «abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo». Il secondo comma prevede: «La pena è della reclusione da uno a cinque anni: - 1) se 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».

<sup>2</sup> Commentata da FLOR, *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2, 2012, 126 ss., e da BARTOLI, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2012, 123 ss.; anche in *Cass. pen.*, 2012, 3681, con commento di PECORELLA, *L'attesa pronuncia delle Sezioni Unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*; e in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 369 ss., con commento di SALVADORI, *Quando un insider accede abusivamente ad un sistema informatico o telematico? Le Sezioni Unite precisano l'ambito di applicazione dell'art. 615 ter c.p.*

Nella massima la pronuncia letteralmente stabilisce: *Integra il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico non soltanto la condotta di accesso ad un sistema informatico protetto senza autorizzazione, ma anche quella di accesso o mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto abilitato ma per scopi o finalità estranei a quelli per le quali la facoltà di accesso gli è stata attribuita. In questi casi, infatti, il soggetto agente è stato ammesso dal titolare del sistema solo a determinate condizioni, in assenza o in violazione delle quali le condotte di accesso o mantenimento nel sistema non possono considerarsi assentite dall'autorizzazione ricevuta.* (In motivazione la Suprema Corte ha precisato che, ai fini dell'integrazione del reato, rileva l'oggettiva violazione delle prescrizioni e dei limiti posti dall'avente diritto a condizione dell'accesso e non anche lo scopo - lecito o illecito esso sia - che ha motivato l'ingresso a sistema).

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 18 maggio 2017, Savarese, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

pubblico dipendente «non può non trovare applicazione il principio di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 1, in base al quale l'attività amministrativa persegue fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Ne deriverebbe l'«ontologica incompatibilità» di un utilizzo del sistema informatico senza il rispetto di tali principi, in quanto «fuoriuscente dalla ratio del conferimento del relativo potere». Secondo l'altra, va esclusa la possibilità di identificare il carattere di abusività della condotta di specie nella violazione delle predette disposizioni: il prezzo sarebbe quello di frustrare la ratio della stessa norma incriminatrice dilatando inammissibilmente la nozione di «accesso abusivo» oltre i limiti imposti dalla necessità di tutelare i diritti del titolare del sistema. Si ripropone così il dubbio circa l'integrarsi del delitto quando non sia ravvisabile una espressa violazione della regolamentazione dell'accesso/permanenza al sistema, e piuttosto risulti inosservata la ragione della legittimazione complessivamente<sup>4</sup> conferita all'agente<sup>5</sup>.

In altre parole, si ripropone lo stesso interrogativo: «Se il delitto previsto dall'art. 615-ter, secondo co., n. 1, cod. pen., sia integrato anche nella ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, formalmente au-

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 20 novembre 2014, Morleo, in *Mass. Uff.*, n. 261548; Id., Sez. V, 31 ottobre 2014, Gorziglia, *ivi*, n. 263454; Id., Sez. V, 20 giugno 2014, Mecca, *ivi*, n. 260763.

<sup>5</sup> Nella vicenda concreta oggetto del procedimento penale deciso dalle Sezioni unite del 2017, un cancelliere in servizio presso la Procura della Repubblica, autorizzato ad accedere al registro delle notizie di reato Re.Ge., vi si manteneva in violazione dei limiti e delle condizioni risultanti dall'insieme delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema, in particolare accedendo alle informazioni inerenti il procedimento penale relativo ad un suo conoscente (assegnato a sostituto procuratore diverso da quello presso cui l'imputata prestava servizio), con l'aggravante dell'essere stato commesso il fatto da un pubblico ufficiale con abuso dei poteri e violazione dei doveri inerenti la funzione o il servizio. Dall'assoluzione da parte del Tribunale - che non ravvisava una volontà contraria all'accesso da parte del gestore del sistema, in quanto, su disposizioni organizzative interne del Procuratore aggiunto della Repubblica, i pubblici ministeri ed i soggetti autorizzati tra cui i funzionari di cancelleria avevano accesso a tutti i procedimenti iscritti al Re.Ge.; alla condanna dichiarata dalla Corte di appello di Milano, in forza della premessa per cui l'ingresso e l'utilizzazione del sistema informatico Re.Ge. potrebbe avvenire legittimamente soltanto in presenza di un interesse pubblico che giustifichi accesso e permanenza dell'operatore, non riconoscibile in una operazione di accesso di natura "ontologicamente diversa" da quelle autorizzate; si giungeva al cospetto della V sezione della Cassazione, ove maturava la consapevolezza della necessità di un nuovo intervento delle Sezioni unite, di precisazione e chiarimento. Alle Sezioni Unite dei giorni nostri spettava dunque una puntuale valutazione: quella del non raro *caso del soggetto, in specie pubblico ufficiale o equiparato, che, abilitato e senza precisazione di limiti espressi alle possibilità di accesso e trattenimento nel sistema pubblico, acquisisca da questo notizie e dati, in violazione dei doveri insiti nello statuto del pubblico dipendente, nel complesso degli obblighi e dei doveri di lealtà a lui incombenti*. Per una analoga fattispecie, v. Cass., Sez. V, 26 giugno 2015, Morisco, in *Mass. Uff.*, n. 266088.

torizzato all'accesso ad un sistema informatico o telematico, ponga in essere una condotta che concreti uno sviamento di potere, in quanto mirante al raggiungimento di un fine non istituzionale, pur in assenza di violazione di specifiche disposizioni regolamentari ed organizzative». E l'ultima risposta delle Sezioni unite non si scosta dal retaggio del passato, nella convinzione che la volontà del titolare del diritto di escludere il terzo - prescritta dalla norma penale - sia connessa soltanto al dato oggettivo della permanenza dell'agente in esso, come risultato immediato della condotta posta in essere, e non già ai fatti successivi abbracciati dalla teleologia dell'agente<sup>6</sup>. Il Collegio, così, fa suo lo schema dei principi: quelli eletti a guida dell'agire amministrativo d'immagine costituzionale (artt. 54, 97 e 98 Cost.); quelli sanciti dall'art. 1 l. 241/1990; quelli che dirigono la regolamentazione dell'etica di comportamento dei dipendenti della pubblica amministrazione (art. 54 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - Testo unico sul pubblico impiego) nel segno della fedeltà ed esclusività del servizio; quelli che esprimono le proiezioni del legame tra funzionario e pubblica amministrazione, e tra questa e la comunità degli amministrati. Con questa cadenza argomentativa si giunge anche ad accogliere la configurabilità del reato di abuso d'ufficio, in punto di integrazione della violazione di legge<sup>7</sup>, non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tal caso «il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non

---

<sup>6</sup> Un profilo, questo, che emerge sia nella violazione dei limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro), sia nella realizzazione di operazioni che risultano di natura "ontologicamente diversa" da quelle di cui sarebbe stato incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito, con ciò venendo meno il titolo legittimante l'accesso e la permanenza nel sistema.

<sup>7</sup> Ai pubblici dipendenti che, nella loro qualità, debbono operare su registri informatizzati è imposta l'osservanza sia delle disposizioni di accesso, secondo i diversi profili per ciascuno di essi configurati, sia delle disposizioni del capo dell'ufficio sulla gestione dei registri, sia il rispetto del dovere loro imposto dallo statuto personale di eseguire sui sistemi attività che siano in diretta connessione con l'assolvimento della propria funzione. Con la conseguente illiceità ed abusività di qualsiasi comportamento che con tale obiettivo si ponga in contrasto, manifestandosi in tal modo la "ontologica incompatibilità" dell'accesso al sistema informatico, connessa ad un utilizzo dello stesso estraneo alla ratio del conferimento del relativo potere. La riflessione delle Sezioni unite prosegue precisando: «Per converso, il pubblico dipendente, addetto a mansioni d'ordine, cui non possano attribuirsi le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, che violi le disposizioni del titolare del sistema ed abbia accesso al medesimo al di fuori delle sue mansioni, commette in ogni caso, a prescindere dalle finalità perseguite, il reato di cui al primo comma dell'art. 615-ter cod. pen.».

viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»<sup>8</sup>.

## 2. I connotati descrittivi dell'abuso dell'altrui domicilio informatico

La presa di posizione delle Sezioni unite, quindi, appare chiara, e decisa, fermandosi sul piano della tipicità dell'abuso inteso come scollamento da un format normativo legale. Qui si blinda il rilievo penale di ragioni, finalità, ontologicamente diverse da quelle (nel caso di specie, istituzionali) consentite e perseguite dal titolare del sistema stesso, le quali si dimostrano riscontrabili solo ove sussista una disposizione di legge che prescriva un alternativo e lecito modello comportamentale<sup>9</sup>.

In buona sostanza, si lascia intendere l'apprezzamento dell'abuso come dato normativo giuridico da potersi "osservare" prima facie, connotato "fenomenico" di selezione della condotta penale rilevante nella specifica fattispecie delittuosa. L'abuso, nel connettersi in unità di significato penale con gli altri fattori della tipicità, distingue la condotta criminale rispetto a comportamenti umani della cui illiceità disquisire sotto il cono di altra disposizione incriminatrice (che sia abuso d'ufficio, violazione di segreto professionale ...) o di altra tipologia di sanzionabilità (amministrativa, disciplinare).

L'osservazione è limpida, e spinge ad andare oltre la lettura della conferma della pronuncia di condanna dell'imputata: il trattamento dei dati giudiziari, avvenuto in contraddizione con le finalità istituzionali cui deve soggiacere per espresso dettato legislativo - certo anche ai sensi degli artt. 18<sup>10</sup>, 21 e 22<sup>11</sup> d.lgs.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251498.

<sup>9</sup> Con questa prospettiva si aderisce all'impostazione formulata da Cass., Sez. V, 20 giugno 2014, in *Riv. pen.*, 2014, 1116: «Ai fini della riconoscibilità del carattere abusivo dell'accesso ad un sistema informatico da parte di soggetto dotato delle necessarie credenziali ("password") ed investito della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, non può farsi generico riferimento alla pretesa violazione della regola di imparzialità e trasparenza che, ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, deve presiedere allo svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione, e neppure al disposto di cui all'art. 9 l. 1 aprile 1981 n. 121 che, nell'individuare i soggetti abilitati ad accedere al sistema informatico, non detta prescrizioni in ordine alle modalità dell'accesso ed alle operazioni consentite all'utente abilitato, ma si limita a vietare a quest'ultimo ogni successiva utilizzazione dei dati da lui appresi per finalità diverse da quelle consentite».

<sup>10</sup> Art. 18, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, in G. U. 29 luglio 2003, n. 174) - *Principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici*.

1. *Le disposizioni del presente capo riguardano tutti i soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici.*

2. *Qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali.*

3. *Nel trattare i dati il soggetto pubblico osserva i presupposti e i limiti stabiliti dal presente codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti.*

4. *Salvo quanto previsto nella Parte II per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari*

196/2003, definatori della funzione istituzionale di soggetti pubblici implicati nella gestione di simili dati - è intesa combaciare con la figura ben cesellata della condotta abusiva ex art. 615 ter c.p.

La conclusione lascia infatti tra le righe la “sensazione” che l’abuso di specie sia anche illegittimità, oggettiva violazione di uno o più parametri normativi fissati dalla regolamentazione extrapenale, annoverandosi dunque la locale clausola tra le autentiche clausole di illiceità speciale, le quali - come è noto - servono ad attribuire al fatto un ulteriore profilo di illiceità<sup>12</sup>, di carattere ex-

---

*pubblici, i soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato.*

*5. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 25 in tema di comunicazione e diffusione.*

<sup>11</sup> Art. 22, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 - *Principi applicabili al trattamento di dati sensibili e giudiziari.*

*1. I soggetti pubblici conformano il trattamento dei dati sensibili e giudiziari secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato.*

*2. Nel fornire l'informativa di cui all'articolo 13 i soggetti pubblici fanno espresso riferimento alla normativa che prevede gli obblighi o i compiti in base alla quale è effettuato il trattamento dei dati sensibili e giudiziari.*

*3. I soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili e giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa.*

*4. I dati sensibili e giudiziari sono raccolti, di regola, presso l'interessato.*

*5. In applicazione dell'articolo 11, comma 1, lettere c), d) ed e), i soggetti pubblici verificano periodicamente l'esattezza e l'aggiornamento dei dati sensibili e giudiziari, nonché la loro pertinenza, completezza, non eccedenza e indispensabilità rispetto alle finalità perseguite nei singoli casi, anche con riferimento ai dati che l'interessato fornisce di propria iniziativa. Al fine di assicurare che i dati sensibili e giudiziari siano indispensabili rispetto agli obblighi e ai compiti loro attribuiti, i soggetti pubblici valutano specificamente il rapporto tra i dati e gli adempimenti. I dati che, anche a seguito delle verifiche, risultano eccedenti o non pertinenti o non indispensabili non possono essere utilizzati, salvo che per l'eventuale conservazione, a norma di legge, dell'atto o del documento che li contiene. Specifica attenzione è prestata per la verifica dell'indispensabilità dei dati sensibili e giudiziari riferiti a soggetti diversi da quelli cui si riferiscono direttamente le prestazioni o gli adempimenti.*

*6. I dati sensibili e giudiziari contenuti in elenchi, registri o banche di dati, tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici, sono trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendono temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità.*

*7. I dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale sono conservati separatamente da altri dati personali trattati per finalità che non richiedono il loro utilizzo. I medesimi dati sono trattati con le modalità di cui al comma 6 anche quando sono tenuti in elenchi, registri o banche di dati senza l'ausilio di strumenti elettronici.*

*8. I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi.*

*9. Rispetto ai dati sensibili e giudiziari indispensabili ai sensi del comma 3, i soggetti pubblici sono autorizzati ad effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito, anche quando i dati sono raccolti nello svolgimento di compiti di vigilanza, di controllo o ispettivi.*

<sup>12</sup> Per questa qualificazione, v. BELL-VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); RUGA RIVA, *I nuovi coreati - Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, 9.

trapenale, oltre a quello penale che di per sé lo connota, consistendo per l'appunto nel contrasto con la normativa extrapenale di settore.

L'illiceità speciale, in altri termini, non sarebbe solo espressione di una logica di bilanciamento di interessi<sup>13</sup>, segnalata con una varietà di locuzioni: indebito, illegittimo, abusivo, arbitrario, senza giusta causa, per un ingiusto profitto, senza necessità, senza giusto motivo<sup>14</sup>. Servirebbe anche a delimitare con maggiore precisione i contorni delle condotte punite, evitando il ricorso al modello di reato a forma "realmente" libera<sup>15</sup> in nome delle ineludibili esigenze di coordinamento dell'intervento penale con le politiche di governo di settore. Se ne apprezza così l'aggiuntivo ruolo tipizzante<sup>16</sup>, portatore però di una dubbia efficacia funzionale: si annovera il rischio di un eccessivo accrescimento del margine di indeterminatezza della norma penale, con conseguente difficoltà per l'interprete nella ricognizione delle disposizioni extrapenali richiamate e concorrenti a definire il contenuto del precetto, spesso sparse in una pluralità di testi normativi<sup>17</sup>.

## 2.1 Abusività, tipicità, altro

In effetti, la riflessione critica sull'elemento modale dell'abusività conduce anche su un altro versante del reato; altro rispetto alla tipicità.

La scelta qualificativa in termini di abuso, connotante la condotta in molteplici previsioni incriminatrici, così come la recente inserzione dell'avverbio «abusivamente» come componente costruttiva delle fattispecie codicistiche delittuose di inquinamento e di disastro ambientale (ove acquista l'innovativo e peculiare ruolo di attributo della causalità del fatto<sup>18</sup>), ha già suscitato plurimi interrogativi. Su un versante stanno quelle preoccupazioni specifiche - ridondanti nella quaestio dell'art. 615-ter c.p. - circa la tipicità della fattispecie, che si teme non abbia la forza di espungere dall'ambito di applicazione della disposizione la violazione di principi che non si siano tradotti in precisi precet-

<sup>13</sup> MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, 144.

<sup>14</sup> V. MORGANTE, *L'illiceità speciale*, cit., 144, nota 69.

<sup>15</sup> Su tali temi, in generale, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 244 s.; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 253; PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 441; PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 192 s.

<sup>16</sup> Così SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "eco delitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>17</sup> SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti"*, cit., 10.

<sup>18</sup> Per riflessioni sul punto di rinvia a FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, Roma, 2017, 49 ss.

ti<sup>19</sup>, così come la violazione di prescrizioni contenute in autorizzazioni amministrative non strettamente funzionali alla tutela dello specifico bene giuridico (come è per l'ambiente, la cui protezione è gestita pure da norme a difesa del territorio, del paesaggio, della salute o del decoro urbano)<sup>20</sup>. Sul lato opposto stanno i timori di una scarsa efficacia delle fattispecie, una volta confinate alle sole ipotesi di condotte abusive in quanto realizzate sine titulo, con esclusione dunque di tutte le situazioni nelle quali sia possibile rinvenire un provvedimento formale autorizzativo/abilitativo rispetto alla condotta materiale dalla quale sia poi derivato il fatto (così come l'ingresso-trattenimento entro uno spazio fisico o virtuale, così come il fenomeno di grave alterazione ambientale)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Tale esclusione è paventata con preoccupazione da chi ne (dis)apprezza l'effetto, di impedire la punibilità di condotte formalmente lecite (in quanto ad es. regolarmente autorizzate, e dunque non abusive) ma, in ipotesi, sostanzialmente inquinanti, magari perché il titolo abilitativo è stato ottenuto con frode, corruzione o abuso di ufficio, o perché le prescrizioni e i limiti tabellari in esso contenuti sono comunque inidonei a evitare inquinamenti significativi. Cfr. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>20</sup> Cass., Sez. III, 21 settembre 2016, Simonelli, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*. Quanto alla abusività della condotta, la sentenza abbraccia la tesi, già emersa in dottrina e in giurisprudenza sull'identico requisito presente nella fattispecie di traffico organizzato di rifiuti, secondo cui abusivamente vuol dire in contrasto con qualsiasi norma di legge (statale o regionale) o prescrizione amministrativa, contenuta non solo in leggi ambientali ma anche in settori diversi (igiene e sicurezza sul lavoro, paesaggio ecc.). Una clausola di illiceità espressa, equivalente a *contra ius*, in linea con la norma europea ispiratrice (art. 3 della Direttiva 2008/99 CE), che subordina l'obbligo di incriminazione di determinate condotte (comprese quelle di inquinamento che causino o possano causare morte, lesioni gravi alla persona o danni rilevanti alle matrici ambientali, alla flora e alla fauna) alla condizione che siano illecite ("unlawful"/"illicites"). La Corte, nel delimitare le fonti e la tipologia di norme che concorrono a delimitare l'ambito di liceità della condotta, e dunque, in negativo, a connotarne l'abusività, non ha menzionato i principi generali che governano l'ambiente (ad esempio prevenzione, precauzione, sviluppo sostenibile, cfr. artt. 3-bis, 3-ter e 3-quater d.lgs. n. 152/2006). In argomento, si rinvia a RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit. 5 ss.; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, 84 ss.; RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it). Per più ampie considerazioni sull'«abusivamente» come clausola di illiceità espressa, cfr. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2, 2015, 197. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 8 gennaio 2015, Gattuso, non massimata; Id., Sez. III, 15 ottobre 2013, Ghidoli, in *Mass. Uff.*, n. 258326; Id., Sez. III, 20 dicembre 2012, Accarino e altri, *ivi*, n. 255395; Id., Sez. III, 14 luglio 2011, Passariello e altri, *ivi*, n. 251592; Id., Sez. III, 23 settembre 2010, Del Prete ed altri, non massimata.

<sup>21</sup> Si veda a questo proposito, Relazione, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, settore penale Rel. n. III/04/2015 Roma, 29 maggio 2015 - Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente». Più voci dottrinali hanno messo in dubbio la reale capacità della clausola di contenere il sindacato giudiziale su attività conformi ad autorizzazioni e prescrizioni, potendo questo essere eluso attraverso il richiamo a principi generali e norme di indirizzo, così CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1077 ss.; PALMISANO, *Delitti contro l'ambiente, quand'è che un disastro si può dire abusivo*, in-

Gli insegnamenti della Corte costituzionale<sup>22</sup> in tema di “determinatezza” dell’incriminazione dal canto loro non tacitano questi dubbi, ma instradano verso una riflessione che indagli istituti diversi dalla tipicità e dall’antigiuridicità, tradizionalmente immessi nella discussione. I dettami del Giudice delle Leggi legittimano difatti genericamente il ricorso, da parte del legislatore penale, a c.d. formule elastiche («senza giustificato motivo», «senza giusta causa», «arbitrariamente», etc.) destinate a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l’osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori.

Secondo l’insegnamento costituzionale, occorre allora accertare, in relazione al singolo contesto, che l’utilizzo della formula elastica non affidi di fatto all’arbitrio giudiziale la fissazione dei confini d’intervento della sanzione criminale una volta ricordato l’elemento con gli altri fattori costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce<sup>23</sup>.

In questo senso - come nell’art. 615 ter c.p. - il termine descrive l’avvenuta strumentalizzazione di una situazione di diritto, compendiabile nelle espressioni dell’abuso dell’ufficio/abuso della posizione/abuso della qualità<sup>24</sup> (art. 348 c.p., che punisce a titolo di delitto «chiunque abusivamente esercita una professione»; art. 445 c.p., relativo all’esercizio, anche abusivo, del commer-

---

*www.lexambiente.it*; contra AMENDOLA, *Ma che significa veramente disastro ambientale abusivo?*, in *www.lexambiente.it*; ID., *Non c’è da vergognarsi se si sostiene che nel settore ambientale la responsabilità penale degli industriali inquinatori deve essere più limitata di quella “normale”*, in *www.lexambiente.it*.

<sup>22</sup> Corte cost., n. 5 del 2004, in *Cass. pen.*, 2004, 1541.

<sup>23</sup> «... L’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero...di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento, mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo...».

<sup>24</sup> In argomento MORGANTE, *L’illeceità speciale*, cit.; PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 65 ss.; ID., *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 366 ss.; PALAZZO, *L’errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 208; GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 74 ss.; ALTAVILLA, *L’illeceità speciale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 482 ss.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 15 ss.

cio di sostanze medicinali; art. 621 c.p., che punisce «chiunque, essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto, che debba rimanere segreto, di altrui atti o documenti ... lo rivela, senza giusta causa»; e così via).

Più in generale<sup>25</sup>, però, si intende come anche al cospetto di un titolo autorizzatorio che riconosca un diritto o una facoltà giuridica, di cui segni i limiti formali, non sia ostacolato il riconoscimento dell'illecito penale quando il suo esercizio si ponga, in concreto, in contrasto con i fini sostanziali che il titolo (e la norma) si prefigge, ovvero in contrasto con una norma diversa o con gli stessi principi generali dell'ordinamento. Sicché nel concetto di "abusivo" dovrebbero «potersi ricomprendere anche le situazioni nelle quali l'attività, pur apparentemente ed esteriormente corrispondente al contenuto formale del titolo, presenti una sostanziale incongruità con il titolo medesimo, il che può avvenire non solo quando si rinvenga uno sviamento dalla funzione tipica del diritto/facoltà conferiti dal titolo autorizzatorio, ma anche quando l'attività costituisca una non corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti all'autorizzazione in questione, in tal caso superandosi i confini dell'esercizio lecito»<sup>26</sup>.

La piega interpretativa in materia di reati urbanistici ed edilizi<sup>27</sup> fornisce un ulteriore spunto di riflessione in questa direzione, incline come è a ritenere che i reati di settore - ove è tipizzato un agire abusivo - possano consumarsi anche in presenza di un permesso a costruire formalmente valido, se questo violi, nella sostanza, le norme che regolano la materia sotto i vari profili (l'ordinato sviluppo urbanistico del territorio; la tutela del paesaggio ambientale e culturale), con conseguente rilevante ruolo (in alternativa necessaria alla condizione negativa della mancanza del titolo concessivo) degli strumenti normativi urbanistici e piani paesaggistici ai fini dell'accertamento della legittimità dell'atto autorizzatorio o concessorio e, per l'effetto, della sussistenza oggettiva della fattispecie.

### 3. L'abuso del diritto/dovere nell'epistemologia dell'offensività penale

---

<sup>25</sup> Cass., Sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, in *Mass. Uff.*, n. 233292; Id., Sez. III, 20 novembre 2007, Putrone e altro, *ivi*, n. 238559; Id., Sez. III, 21 ottobre 2010, n. 40945, Del Prete ed altri, *ivi*, n. 248629. V. anche Cass., Sez. III, 6 ottobre 2005, P.M. in proc. Fradella, *ivi*, n. 232350; Id., Sez. III, 20 dicembre 2012, Accarino e altri, *ivi*, n. 255395.

<sup>26</sup> Relazione, cit., 12.

<sup>27</sup> V. già Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, Giordano, in *Mass. Uff.*, n. 176304 e Id., Sez. un., 28 novembre 2001, n. 5115, Salvini, *ivi*, n. 220708.

La nozione di abuso consente in effetti di operare un salto tra le coordinate normative-penali: un salto dalla forma, che è non corrispondenza alla regola, alla sostanza, che è contraddizione con l'essenza del valore tutelato.

Il concetto giuridico della abusività si allarga difatti – proprio come oggi riemerge nella discussione affrontata dalle Sezioni unite – verso orizzonti “di valore”, prestandosi pure ad indicare ciò che non sia “valutabile in termini positivi”, che non sia “adattabile” al generale paradigma della correttezza: l'elemento è abusivo in quanto non corrisponde ai generali canoni giuridici-normativi. In campo penale ciò equivale ad identificare quello che per il senso (di giustizia) collettivo, riflesso nella norma, risulta privo di un valore oggettivo, quindi da non consentire. V'è l'eco delle “finalità ontologicamente diverse” da quelle formalmente assegnate all'agente incaricato, che nello scorrere della riflessione diventano – secondo una ipotesi da verificare – criteri di impunità della vicenda per carenza di reale offensività (di specie, e salva l'applicabilità di misura di sicurezza giusto il disposto dell'art. 49 c.p.).

### 3.1. La persona umana nella rete dei diritti penalmente tutelati

Proprio le origini del diritto penale moderno e del costituzionalismo penale hanno fatto assistere all'emersione del principio che vuole ancorato il disvalore del reato alla presenza di un requisito contenutistico-sostanziale di sua effettiva dannosità sociale, il cui parametro va calibrato su valori sociali-culturali, in quanto contenuto non costruito artificialmente in via legislativa bensì “trovato” preesistente nella c.d. coscienza e sensibilità sociale<sup>28</sup>. La contemporanea esegesi italiana<sup>29</sup> adotta difatti un modello oggettivistico del reato, il modello del c.d. diritto penale del fatto, che assegnando il ruolo di volano e fondamento della pena al fattore oggettivo, vale a dire alla realizzazione del fatto che incarna l'offesa agli interessi penalmente protetti, solo in seconda battuta chiama in gioco la colpevolezza (imputabilità, errore sulla legge penale, dolo, colpa, assenza di scusanti), a limitare la rilevanza di fatti pre-selezionati in via legislativa che si siano dimostrati offensivi di beni giuridici<sup>30</sup>. Ben lontano sta il contrapposto modello soggettivistico<sup>31</sup>, che fonda invece la pena su altro pa-

<sup>28</sup> Sul principio di dannosità sociale v. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, 61. Cfr. sul punto ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2006, 54.

<sup>29</sup> Un limpido e analitico quadro d'insieme del nostro sistema penale è stato tracciato, di recente, da PALIERO, v. CONSULICH-PERINI (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano - Lezioni del corso*, Milano, 2006; MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1.

<sup>30</sup> SPENDFEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in *ZStW*, 1953, 519 ss.

<sup>31</sup> V. V. LISTZ, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Straf. Aufs. und Vorträge*, Baden, 1905, 159: «è il

rametro: ora sull'interiorità, nel significato di rappresentazione e volizione del fatto, ora sulla personalità, con la formula del diritto penale d'autore, che è soggetto pericoloso ovvero nemico della società e dello Stato<sup>32</sup>.

A memoria storica, v'è da riconoscere come questa direzione oggettiva sia stata imboccata dalla sistematica italiana fin dall'esperienza settecentesca, quando la secolarizzazione del diritto penale ha segnato l'irreversibile allontanamento del mondo del peccato dal mondo del delitto<sup>33</sup>. E se «La vera misura dei delitti - scriveva lapidario Cesare Beccaria - è il danno alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette»<sup>34</sup>, è solo allo Stato che spetta il (solo) compito di valutare il danno arrecato alla Società<sup>35</sup>.

La teorizzazione ha poi messo radici nell'800 e nel secolo della codificazione, attraversando il pensiero penalistico da Carrara a Manzini: «Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno;... i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili»<sup>36</sup>; «i delitti sono classificati in base al criterio della loro oggettività giuridica (già accolto dal codice del 1889), e quindi secondo l'interesse giuridico lesa o esposto a pericolo mediante il fatto incriminato», mentre «è stato rigettato il criterio dei motivi o dell'intenzione dell'agente, perché il diritto non punisce gli interni moti dell'animo, bensì il danno o il pericolo per gli interessi che esso protegge»<sup>37</sup>.

Seguendo la Storia giuridica italiana, il paradigma oggettivista è infine approdato nell'ideologia del Costituente: qui suggella il principio di offensività stringendo i lacci attorno all'attività legislativa e all'operatività interpretativa. Si taglia fuori del penalmente rilevante sia la mera intenzione di commettere imprese pericolose, sia la mera pericolosità individuale. Si esige piuttosto che ogni singola incriminazione venga costruita e comunque (anche) ricostruita in via di interpretazione costituzionalmente orientata, quindi conformemente al modello di concreta offesa a beni di rilevante importanza.

---

giudizio *giuridico* sulla *direzione della volontà* al momento del fatto, oppure è la valutazione *etica* sull'*atteggiamento volitivo*, sulla *costante forma del carattere*?».

<sup>32</sup> SPENDFEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, cit., 520.

<sup>33</sup> Per un quadro d'insieme cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 429 ss.

<sup>34</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Harlem del 1766, a cura di Venturi, 1965, 22.

<sup>35</sup> VENTURI, *Utopia e riforma dell'Illuminismo* (1970), Torino, 2001, 125.

<sup>36</sup> CARRARA, *Programma del corso di diritto penale. Parte generale*, Lucca, 1871, 32 s.

<sup>37</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1981, 3 s.

Si tratta di indiscussi punti fermi: compito primario del diritto penale è quello di tutelare beni giuridici<sup>38</sup>, offesi in senso oggettivo, in corrispondenza allo storico concetto di danno criminale<sup>39</sup>; il bene giuridico rappresenta l'interesse personale, individuale o sociale, che viene lesa o posto in pericolo dal fatto tipico, distinto perciò dal disvalore dell'inosservanza in sé considerata; sicché in negativo ciò vale ad escludere dall'ambito di rilievo penale tutte quelle condotte che non siano offensive - lesive o seriamente pericolose - rispetto a beni giuridici di rango costituzionale e si manifestino invece come meri comportamenti inosservanti o violazioni di specifici doveri; in positivo conferisce caratteri necessari all'oggetto della tutela penale, alla stregua dei principi di materialità e offensività, di colpevolezza, di laicità<sup>40</sup>.

La "rivoluzione" portata dal "personalismo costituzionale" entro la sistematica penale capovolge dunque - idealmente - l'ordine c.d. decrescente dei beni giuridici cui la codificazione dei primi del Novecento ha assegnato protezione penale, importando altresì, rispetto a quelli superindividuali, una revisione interpretativa che ne spiega il significato e lo spessore non più in senso meramente astratto ed ideale (così per l'ordine pubblico, la sicurezza, l'economia pubblica, la pubblica incolumità etc.), in fin dei conti "prove di obbedienza" all'autorità statale, ma nell'ottica di materiale ed afferrabile bene strumentale a garantire una dimensione di libertà della persona.

Così, le più e più falde di cui si compone l'ordinamento giuridico italiano - esplicitate dagli artt. 110, 111, 117, comma 1, Cost. - convergono a convincere che nel testo costituzionale trovino riconoscimento non solo quei diritti fondamentali che già risultano linguisticamente esplicitati ma anche di nuovi bisogni della persona implicati nel testo fondamentale, riconducibili all'individuo in quanto tale (c.d. diritti individuali) o all'uomo in quanto parte della collettività (c.d. diritti sociali), comunque e pur sempre espressivi di istanze intranee ai valori costituzionali.

Le più recenti ricognizioni sul tema hanno rinvenuto il fondamento - ed il limite - di questa espansione nel combinato disposto della clausola di estensione dell'art. 2 Cost. e della norma portatrice di un diritto "nominato" costi-

---

<sup>38</sup> Al riguardo si rinvia ai fondamentali contributi di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 140 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 74 ss., 129 ss.

<sup>39</sup> DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 197 ss.

<sup>40</sup> Per un vasto approfondimento sul tema del bene giuridico, v. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2013, n. 4, 4 ss.

tuzionalmente<sup>41</sup>, che l'evoluzione sociale abbia specializzato in uno o più "nuovi" aspetti capaci di assumere autonoma personalità di diritto umano<sup>42</sup>.

Certo è che, mai ferma, la materia scivola costantemente sul primitivo piano sociologico per un pronto ritorno al livello giuridico, dove di volta in volta il catalogo dei diritti si riscrive, a fronte di cancellature, aggiunte, modifiche in riscontro ai cambiamenti sociali<sup>43</sup>.

La trama, del resto, è quella "naturale" da cui ha avuto origine anche il dettato costituzionale, che i concetti e i valori sociologici ha trasportato entro i parametri normativi fondamentali (e generali) in cui si esprime il principio personalista che è nerbo della Carta<sup>44</sup>: vi si conta il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2)<sup>45</sup>, della pari dignità sociale (art. 3, comma 1), del diritto-dovere del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2)<sup>46</sup>. Si configura così una prospettiva giuridica di continua e progressiva ricerca, e di costante riconoscimento, di nuovi bisogni di tutela dell'individuo emergenti nella società<sup>47</sup>; col risultato che il processo di attuazione costituzionale diventa per definizione inesauribile, inserito in un circuito sempre in "parziale" - temporanea e relativa - attuazione<sup>48</sup> del materiale valoriale ivi espresso.

### 3.2. Nuovi diritti di dignità umana, nuovi beni giuridici penali

<sup>41</sup> RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 175.

<sup>42</sup> Per una puntuale sintesi sistematica di questi argomenti, tratti dalla ricerca scientifica costituzionalistica, si rinvia a SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in Atti del Convegno, *L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it). Cfr. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 2 ss.; CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, 176. Si veda anche RUGGERI, «Nuovi» *diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 629.

<sup>43</sup> Ampiamente sul tema BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 67 ss.

<sup>44</sup> MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 804.

<sup>45</sup> Si rinvia per tutti, per la tesi della natura aperta, a BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 80.

BARBERA, *Art. 2*, cit. *Contra*, per la tesi della natura chiusa dell'art. 2, cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.

<sup>46</sup> Definiscono l'art. 3, comma 2, Cost., una sorta di clausola generale dello Stato sociale PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, 125; BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 126.

<sup>47</sup> Così ancora D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XIV.

<sup>48</sup> Cfr. PINELLI, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 396 ss.

In questo disegno costituzionale è proprio la persona, e non i suoi diritti astrattamente codificati, ad occupare una posizione cruciale, ricevendo garanzia sia in quanto uomo (/cittadino) che in quanto reo, secondo uno statuto che gli artt. 13, 24, 25, 27 Cost. specificano e specializzano in nome di una responsabilità penale personale, per un fatto che costituisce una offesa costituzionalmente rilevante di un diritto.

Questa premessa di sistema si radica nel vecchio come nel nuovo diritto penale<sup>49</sup>.

Le riforme che, sul piano normativo e sul piano interpretativo, si sono succedute lungo il secondo millennio hanno difatti progressivamente invaso di umanità il settore penale, più o meno esplicitamente ancorandolo alla persona umana con lacci sempre più stretti. Valga il richiamo esemplificativo alle false comunicazioni sociali (gli artt. 2621 e 2622 c.c.), i cui confini criminali si sono perimetrati proprio individuando un bene giuridico di riferimento “personale” dotato di sfondo costituzionale, d’immediato intuibile in «un fascio d’interessi corposi, ancorché diffusi» e dettagliatamente riscontrato nel «bene giuridico dell’informazione societaria, nei suoi parametri di veridicità e completezza, radicato in ultima analisi nel “risparmio” dell’art. 47 Cost.»<sup>50</sup>.

Ad attestato di questo meccanismo umanizzante sta anche l’emersione del diritto all’ambiente salubre, ricomposto attraverso la rete costituzionale della tutela della salute e della tutela del paesaggio. Le prime aperture verso questa direzione si colgono nella giurisprudenza di legittimità fin dal 1979: tramite il combinato disposto degli artt. 32 e 2 Cost. si riconosce all’ambiente un contenuto di socialità e di sicurezza da cui si ricava, tra l’altro, un vero e proprio diritto all’ambiente salubre, fondamentale, incondizionato e assoluto dell’individuo, che si esprime come modo d’essere della persona. La voce della Consulta ha consolidato il quadro<sup>51</sup>: con la sentenza n. 210/87<sup>52</sup> si sono legittimate norme statali volte alla «salvaguardia dell’ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività», unitariamente inteso<sup>53</sup>, infine configurando il danno ambientale nei tratti di una

<sup>49</sup> Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992, 175; ID., *Riflessioni sulla tutela penale dei beni culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1302; CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 1-4, 50.

<sup>50</sup> PEDRAZZI, *In memoria del “falso in bilancio”*, in *Riv. soc.*, 2001, 1371, adesso in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell’economia*, Milano, 2003, 844 s.

<sup>51</sup> BORGONOVO RE, *Corte costituzionale e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, 461 ss.

<sup>52</sup> Cfr., tra le altre successive, le sentenze Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 67, in *Cass. pen.*, 1992, 2610; Corte cost., 20 luglio 1994, n. 318, in *Cass. pen.*, 1995, 487.

<sup>53</sup> Cfr. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell’ambiente*, in *Scritti in onore di Al-*

«offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione».

La Corte tornerà sul tema: con le decisioni nn. 617 e 641/87 dell'ambiente si rimarca l'essenza di bene giuridico suscettibile di tutela costituzionale in quanto «elemento determinativo della qualità della vita»; «la sua protezione ... esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto»<sup>54</sup>, nella indubbia varietà di estrinsecazioni delle relative forme di godimento<sup>55</sup>.

Ne rimane consolidata l'effigie di valore di primario rilievo costituzionale<sup>56</sup>, secondo un percorso che si riconosce così parallelo e speculare rispetto alla costruzione del diritto all'informazione, anch'esso "nuovo" diritto umano universale, innegabilmente connesso alla dimensione dell'art. 3, co. 2, Cost., per la sua strumentalità rispetto alla rimozione di ostacoli ad una partecipazione attiva alla vita politica e sociale.

Come avvenuto per il diritto all'ambiente, la discussione è transitata dalle aule accademiche<sup>57</sup> ai banchi della giurisprudenza, dando forma ad un vero e proprio diritto soggettivo sulle "ceneri" della previa qualificazione in termini di

---

*berto Predieri*, Milano, 1996, II, 926, che parla di un nuovo diritto con struttura unitaria che sintetizza un complesso di diritti; e ZORZI GIUSTINIANI, *La protezione dell'ambiente nuova frontiera del costituzionalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3722, il quale ne rileva la «natura proteiforme» propria dei diritti di terza generazione.

<sup>54</sup> Si vedano ancora le pronunce Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Foro it.*, 1986, I, 1196; 27 giugno 1986, n. 151, *ibidem*, 2690; 25 maggio 1987, n. 191, *ivi*, 1988, I, 331. Nella dottrina costituzionalistica, favorevoli alla configurazione dell'ambiente in termini di diritto soggettivo sono, *ex plurimis*, POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Napoli, 1982; D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Lucarelli, Napoli, 2006, 26. Per una ricostruzione dell'ambiente in termini di nuovo diritto sociale, si vedano per tutti, LUCARELLI, *Il diritto all'ambiente*, in ID. (a cura di), *Tutela dell'ambiente e nuove tecnologie*, Padova 1995, 106 ss.; GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, 514 ss.

<sup>55</sup> Sulla struttura complessa e polidimensionale del diritto all'ambiente si vedano le argomentazioni di PASCALE, *Il diritto umano all'ambiente come diritto umano di nuova generazione*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2010, 63 ss.

<sup>56</sup> Si vedano, per esempio, le pronunce Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1222; Corte cost., 6 giugno 1989, n. 324.

<sup>57</sup> Tra gli autori che per primi hanno ipotizzato un simile diritto, cfr. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; e LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. rad. tel.*, 1978, 1 ss.

mero interesse generale<sup>58</sup>. In questo senso deponeva, letteralmente, la stessa giurisprudenza della Consulta, la quale, nella sua prima decisione in materia (sent. 105/72) disquisiva nel senso di un «interesse generale ad essere informati».

Così, dopo aver parlato - a bocca delle sent. 226/74, 202/76 e 148/81 - della radiodiffusione proprio nel quadro di un «bisogno essenziale della collettività», la Corte con la sent. 153/87 ha puntualizzato la cornice di un diritto all'informazione, che lo Stato è chiamato ad assicurare promuovendo lo sviluppo sociale e culturale della collettività<sup>59</sup>.

Da allora, e con la successiva sentenza n. 826/1988, l'esistenza di una situazione soggettiva individuale all'informazione si è consolidata nella giurisprudenza costituzionale radicandosi nell'art. 21 Cost. quale profilo passivo della libertà individuale di manifestazione del pensiero, «una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile)» per la sua attuazione ad ogni livello, centrale o locale. Per questo verso il diritto ad essere informati ha acquistato l'habitus di diritto fondamentale ex art. 2 Cost., di carattere assoluto, il cui contenuto si traduce nell'esigenza di assicurare il pluralismo delle fonti, l'obiettività e l'imparzialità dei dati, la correttezza e completezza delle informazioni ed il rispetto della dignità umana<sup>60</sup>.

Le applicazioni lasciate qui in evidenza non tardano così a sconfessare la diffusa premessa teorica che radica i nuovi diritti costituzionali nel combinarsi di un «diritto tipico» con la clausola generale di estensione dell'art. 2 Cost.: i valori/diritti nuovi appaiono difatti espressamente dotati di una identità originale, non sovrapponibile a quella dei diritti «di base» di cui invece si pretendono derivazione, ed ai quali - di contro - evidentemente si connettono solo per la lata appartenenza alla sfera di interessi della persona umana apprezzabili come essenziali nello specifico contesto sociale. La sufficienza di una simile analogia valoriale per aversi diritto costituzionalmente e penalmente rilevante è del resto legittimata immediatamente dalla lettera dell'art. 2 Cost., cui può

<sup>58</sup> In generale, COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 340 ss. In proposito, v. CHIOIA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova 1973, 24 ss.; PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà di informazione*, Torino, 1979, 22 ss.; ma ancora, di recente, PACE-MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in Branca-Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bari, 2006, 345 ss.

<sup>59</sup> V. BIANCHI, *Tra interesse e diritto del cittadino-utente ad una informazione pluralistica nel settore radiotelevisivo*, in *Dir. inf. infor.*, 1993, 295.

<sup>60</sup> V. TAMASSIA, *Informazione e partecipazione*, in JACOBELLI (a cura di), *Verso il diritto all'informazione*, Roma-Bari, 1991, 155. Cfr. LOIODICE, *Il diritto all'informazione: segni ed evoluzione*, in AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 36, il quale ritiene che questo diritto si desuma anche dall'intero sistema, ed in particolare da ogni libertà che implica una scelta.

infine assegnarsi il ruolo di precetto integrativo del sistema dotato di valore proprio ed assoluto, capace quindi di per sé di aggiornare l'ordinamento in forza del criterio selettivo della natura del diritto, che sia un diritto degno di un uomo. Il diritto umano e fondamentale è tale nell'univoco senso di diritto necessario per l'esplicazione della persona umana nella realtà (variabile di epoca in epoca) dell'ordinamento.

Con questa angolazione prospettica si imbocca un percorso che conduce a discriminare l'oggetto della tutela penale non più in forza del tradizionale paradigma del bene giuridico (di rilievo costituzionale) ma in nome dei (costituzionalizzati) diritti fondamentali dell'uomo. Meglio: che conduce a scoprire nella definizione di questi diritti il contenuto del concetto di bene giuridico<sup>61</sup>.

L'osservazione proviene da lontano: le «strutture del reale» formano la materia da regolare giuridicamente, rispecchiate nelle fattispecie legali ispirate al «principio di realtà»<sup>62</sup>. Sicché «i beni giuridici intanto esistono in quanto abbiano una loro funzionalità nella complessa vita sociale. Il loro esistere è quindi un essere in funzione, in quanto esercitano effetti sul contesto sociale e, a loro volta, di questo sopportano effetti che possono essere talvolta positivi, e cioè di incremento o di moltiplicazione, talvolta negativi e cioè di pregiudizio o addirittura di estinzione. In breve, i beni giuridici nel contesto sociale si concretano, si modificano, si estinguono in un divenire magari lento, ma continuo»<sup>63</sup>.

Così si instaura la relazione «tra stato e cittadino, quale espressione di una reciproca sfera di interessi e di attività»<sup>64</sup>, così si comprende il mondo giuridico al di là dell'astrazione, si comprende il bene giuridico rapportandolo al «“reale” ordinamento di valori, esistente nella sfera della vita sociale», per essere la sua categoria determinata «dalle rappresentazioni di valore valide nella realtà socio-culturale»<sup>65</sup>. In sostanza «nella creazione delle fattispecie incriminatrici tratte dallo spirito del suo tempo il legislatore opera una scelta oculata nell'ambito di una pluralità di concezioni culturali di valore»<sup>66</sup>.

Ebbene, nello scenario internazionale contemporaneo dei delitti e delle pene, il protagonismo dei diritti umani fondamentali è puntualmente attestato dalla

<sup>61</sup> V. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.

<sup>62</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 59 s.

<sup>63</sup> DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *questa Rivista*, 1972, 170.

<sup>64</sup> BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1966, I, 321.

<sup>65</sup> RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. “giurisprudenza creativa”*, Padova, 2007, 151.

<sup>66</sup> WURTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, 105.

centralità delle fonti in materia<sup>67</sup>, e dalla resa applicativa della giurisprudenza delle Corti europee come delle Corti costituzionali nazionali, e ancora della Corte Interamericana come della Corte penale internazionale<sup>68</sup>. La centralità è il riflesso dello spirito transculturale dell'epoca moderna, che già negli scorsi decenni legittimava l'utilizzo dell'etichetta simbolica dell'"età dei diritti"<sup>69</sup>, rievocando al contempo l'ideologia illuminista di un diritto penale minimo, ristretto alla tutela dei diritti soggettivi<sup>70</sup>.

In queste considerazioni riaffiora dunque la sensibilità verso una funzionalità dei diritti umani non solo negativa, come confine esterno dell'intervento punitivo, ma anche positiva, come oggetto della tutela penalistica<sup>71</sup>. L'adottato metodo di ridefinizione contenutistica del bene giuridico si dimostra difatti capace di abbracciare la tradizionale dicotomia dei diritti individuali e dei diritti collettivi, riflessi nelle altrettanto tradizionali classificazioni della salute pubblica, dell'ecologia, delle condizioni lavorative, del buon funzionamento delle istituzioni, riguardati come interessi che raccolgono in meta-individualità bisogni concretamente reali del singolo uomo<sup>72</sup>. Né pare tranciante l'obiezione per cui si tratta di un catalogo, dei diritti umani, inevitabilmente "contingente" ed "incoerente", per cui sarebbe pretesa illusoria quella di cercare di definirli e sistematizzarli con rigore<sup>73</sup>: lo stesso destino tocca al concetto di "bene giuridico" nella sua veste classica.

Piuttosto, si precisano i contorni della "rilevanza costituzionale" del bene a tutt'oggi declinata nella formula della «assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale»<sup>74</sup>, e si ribalta la percezione "negativa" per cui «nessuna indicazione viene infatti fornita sulla natura, sul carattere, sul volto del bene giuridico da proteggere penalmente»<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> Per gli effetti al contempo riduttivi ed espansivi dell'area del penalmente rilevante, MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 55; VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4 ss.

<sup>68</sup> V. MANES, *I principi penalistici, nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 839 ss.

<sup>69</sup> BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

<sup>70</sup> Per una efficace analisi e sintesi dell'argomento, si veda DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1474 ss.

<sup>71</sup> BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, 443 ss.; cfr. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo, ibidem*, 493 ss.

<sup>72</sup> V. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 443.

<sup>73</sup> V. FIANDACA, *Il "bene giuridico"*, cit.; BELVISI, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti: un po' di realismo sui diritti umani*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 20.

<sup>74</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, XIX, Torino, 1973, 16.

<sup>75</sup> Cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 122.

D'altro canto è la testimonianza della Storia a descrivere una costante e strettissima connessione e implicazione tra l'offesa ai beni essenziali, ovvero diritti fondamentali, ed il diritto penale<sup>76</sup>. Una Storia non solo europea. Anche nella prospettiva anglo-americana la legittimazione penale è ancorata al danno rispetto ad un interesse, alla violazione di un diritto della persona offesa, intendendosi per diritto/interesse quello connesso al benessere della persona, tale da rispecchiare un presupposto essenziale di vita o benessere per ciascun essere umano, attorno al quale v'è un diffuso e generalizzato consenso sociale<sup>77</sup>. Si rinsalda, in queste riflessioni, proprio il modello liberale del diritto penale, volto a garantire le condizioni del consenso sociale senza liquidare l'oggettività giuridica in una vaghezza del bene - ambiente, economia nazionale, ... - che nega l'in sè della norma penale rendendola incerta e non garantita. Si instaura così una concatenazione logica che avvince non solo la coppia concettuale costituita da diritti umani fondamentali e beni giuridici legittimamente oggetto di tutela penale, ma anche la definizione di reato come offesa ad un bene giuridico costituzionalmente rilevante e di reato come offesa reale del valore umano che il bene incarna.

Ne sovviene che se il Principio della dignità umana del bene penale non offre soluzioni immediatamente compilative dei beni giuridici suscettibili di essere penalmente protetti, tuttavia si presta a fornire un solido argomento per la legittimazione costituzionale dell'intervento penale<sup>78</sup> rispetto ai soli beni giuridici dotati della speciale qualità umana. Del resto, si ha a che fare con quella stessa umanità che intesse la struttura dei rapporti correnti non solo tra i singoli membri della società, ma anche tra l'individuo/collettività di individui e l'Autorità, nel momento e nella misura in cui il Costituente ha riconosciuto in capo allo Stato il dovere di garanzia anche penale delle libertà umane<sup>79</sup>.

### 3.3. Il diritto individuale all'autodeterminazione informativa, nel segno del consenso sociale

<sup>76</sup> HOEFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino, 2001, 3 ss.

<sup>77</sup> FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, New York-Oxford, 1984, 11 ss., 31 ss., 221 ss.

<sup>78</sup> Così efficacemente si esprime ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 38. V. in argomento BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 152 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 47 ss., 158 ss.; CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di Hassemer, Kempf, Moccia, Monaco, 2009, 120. In senso critico cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 496 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 66 ss.

<sup>79</sup> Cfr. ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, 1993, 252.

È sfogliando queste pagine che si arriva all'ultimo capitolo della frontiera dell'informazione, là dove emerge a moderno diritto della dignità umana quello di autodeterminazione informativa.

Il diritto all'autodeterminazione informativa e l'interesse all'integrità e riservatezza dei sistemi informatici costituiscono, per questo verso, una ulteriore espressione di umanità accanto ai "tradizionali" diritti fondamentali della personalità dell'individuo, secondo un collegamento operato pure da una precognitrice sentenza emessa dal Bundesverfassungsgericht, che ha per l'appunto riconosciuto la rilevanza costituzionale di un *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* e la sua messa in pericolo tramite condotte di accesso non autorizzato a sistemi informatici o telematici, anche se poste in essere da organismi investigativi, che possono comportare gravi rischi non solo a dati riservati, ma a tutti i programmi e le informazioni che si trovano nel sistema o in uno spazio informatico<sup>80</sup>.

Un simile diritto, in linea di principio, conferisce alla persona il potere di (pre) determinare la divulgazione e l'utilizzo dei suoi dati, anche accettandone (socialmente) la delega ex lege ad altri, ampliandosi così le sfaccettature di tutela della libertà della vita privata, in immediato e puntuale collegamento con le disposizioni costituzionali, sovranazionali ed internazionali<sup>81</sup>.

Inserito nelle attuali dinamiche della società, questo "nuovo diritto", espansione ed evoluzione dell'area afferente alla sfera personale dell'individuo, si affianca all'interesse all'affidabilità e fiducia della collettività nella sicurezza dello svolgimento dei rapporti giuridici che si instaurano attraverso l'uso di strumenti tecnologici e spazi informatici, arricchendosi così di una doppia dimensione, individuale e sociale. Ne discende come la tutela dell'interesse individuale alla riservatezza informatica ed alla generale correttezza dello svolgimento dei rapporti giuridici che quella coinvolgono, debba trovare un bilanciamento con l'esigenza di garantire la "libertà collettiva" di circolazione

---

<sup>80</sup> Vedi BVerfG 370/2007-595/2007, 27 febbraio 2008, in *CR*, 2008, 306 e ss. In commento, v. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3, 2009, 695 ss.; FLOR, *Verso una rivalutazione*, cit. 137 ss. Per approfondimenti sul diritto all'autodeterminazione informativa si rinvia, fra tutti, a EIFERT, *Informationelle Selbstbestimmung im Internet. Das BVerfG und die Online Durchsuchung*, in *NVwZ*, 2008, 521 ss. Cfr. anche le riflessioni di BRUNST, *Anonymität im Internet - Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen*, Berlin, 2009, 195 ss.; su integrità e riservatezza dei dati e dei sistemi informatici vedi HÖREN, *Was ist das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme?*, in *MMR*, 2008, 365-366; HÖRNUNG, *Ein neues Grundrecht. Der verfassungsrechtliche Schutz der Vertraulichkeit*.

<sup>81</sup> V. l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

dei dati e delle informazioni, nonché la loro (consentita, ovvero legittima) accessibilità e fruibilità. La tutela penale della sicurezza/riservatezza informatica esprime così, in fin dei conti, la necessità «di assicurare una condizione condivisa nella società dell'informazione, per veder garantita la certezza dei rapporti interpersonali, economici, sociali e giuridici, che in misura crescente si svolgono tramite le nuove tecnologie»<sup>82</sup>.

L'analogia valoriale, di cui s'è detto ex art. 2 Cost., riaffiora quindi rispetto al diritto di libertà e riservatezza domiciliare<sup>83</sup>, ma non spezza la rispettiva autonomia identitaria, che nel delitto contro la riservatezza informatica comporta il potersi prescindere da quella "disponibilità fisica" (del sistema) da parte del titolare del bene garantito che invece si impone nel rapporto individuale tra soggetto passivo ed abitazione/privata dimora violata<sup>84</sup>.

Restano allora ferme le certezze già conquistate sul tema, per cui l'assunzione a bene giuridico oggetto di protezione penalistica è condizionata dal carattere di valore prodotto e riconosciuto da una determinata realtà socio-culturale<sup>85</sup>, della quale l'ordinamento penale regola le tensioni<sup>86</sup>: valore rapportabile a quello della libertà personale<sup>87</sup>. La terminologia va nondimeno attualizza-

<sup>82</sup> V., anche in generale sulla nozione di "sicurezza informatica", PICOTTI, *Sicurezza informatica e diritto penale*, in DONINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 217 ss., 231 s.

<sup>83</sup> Come particolare profilo se ne è difatti estrapolato il diritto alla riservatezza domiciliare, strumentale anch'esso alla libera estrinsecazione della personalità, che non consente agli altri di prendere conoscenza di ciò che avviene nella sfera privata domiciliare, se non nei casi e nei modi tassativamente previsti dalla legge (MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte speciale*, I, Padova, 2008, 493). V. anche FLICK, *Libertà individuale (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 548.

<sup>84</sup> Inteso come luogo nel quale è garantita la libera estrinsecazione della personalità individuale, ove si concretizzano comportamenti di carattere intimo, domestico o quantomeno privato, SINISCALCO, *Domicilio (violazione di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 872; Cass., Sez. V, 14 maggio 1981, Giacomelli, in *Mass. Uff.*, n. 149312.

<sup>85</sup> Sul sorgere di nuovi beni giuridici, in particolare sul nodo problematico della tutela degli interessi delle future generazioni, STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, 679 ss.

<sup>86</sup> Cfr. Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142, in *Giur. cost.*, 1973, 1416, che, con riferimento agli artt. 266, 270, 272, 305, 414 e 416 c.p., parla di figure di reato tendenti «alla protezione di beni e valori essenziali alla pacifica convivenza e all'ordinato funzionamento del sistema costituzionale». Né contrasta con la conclusione del testo l'affermazione di Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Cass. pen.*, 1992, 576, per cui «è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una previsione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento», con il limite che «esse non siano irrazionali ed arbitrarie; ciò che si verifica allorché esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*».

<sup>87</sup> Così, l'imparzialità di "nuovi" soggetti con funzioni pubblicistiche, come i revisori, che sembra assurgere ad oggetto di tutela nel delitto di illeciti rapporti patrimoniali con la società assoggettata a revisione (v. art. 177 d.lgs. n. 58/1998). In argomento, VALENTI, *La "musa negletta": quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Ind. pen.*, 2003, 951 ss. in particolare 959. Sul rilievo che la rieducazione dell'individuo può concepirsi solo con riferimento a beni e valori posti a base del patto di convivenza civile e quindi unanimemente condivisi, MUSCO, *Bene giuridico e tutela*

ta, non solo per la categoria del “bene giuridico” ma anche per la categoria dell’“offesa”, espressa da un fatto - dannoso o pericoloso - che sia epifenomeno dell’abuso del diritto umano protetto. Intendendo non abusivo ciò che la collettività, l’ordinamento, il sistema, ammettono come realizzabile; fatto non abusivo è un fatto che la società consente, la cui commissione non può dunque legittimare la risposta penale.

Il “consenso” in cui si esprime una simile mancanza di spessore umano dell’offesa ha infine una statura oggettivo-collettiva: è valutazione positiva di accettabilità del significato sociale dell’accadimento. Col concetto di consenso si introduce invero una tematica che emerge come ubiquitaria, costante e cruciale nell’ambito del diritto privato<sup>88</sup> e nell’ambito della riflessione sulla politica democratica, ma in effetti estensibile ad ogni momento di relazione interindividuale, e riflessa anche in teorie che affrontano più genericamente il problema dell’ordine e dell’integrazione della società, ove il concetto sfuma verso il significato della diffusione omogenea di valori<sup>89</sup>. Nell’una e nell’altra area semantica il consenso si presenta comunque come valore di primo piano dell’ethos democratico, come condizione critica di esistenza e di funzionalità di un sistema così qualificato<sup>90</sup>.

L’approfondimento del significato di consenso procede da questo nesso che lo connette alla democrazia, e si svolge su una pluralità di piani lato sensu sociologici<sup>91</sup>. Con una prima formulazione il termine consenso si riferisce ad una adesione volontaria dei governati alle decisioni e alle azioni dei governanti; in una seconda accezione il concetto di consenso si riferisce piuttosto a una situazione collettiva di concordanza di opinioni e orientamenti che attraversa in linea orizzontale il corpo sociale avvicinando il “gruppo” delle “masse” e quello delle élites<sup>92</sup>.

Ma in effetti la distinzione terminologica non tarda a dimostrarsi fragile nel quadro di una più ampia osmosi concettuale.

---

*dell'onore*, cit., 117.

<sup>88</sup> In particolare nelle analisi relative alla sfera del contratto sin dal diritto romano; cfr. Digesto, II, 14, 1, 3.

<sup>89</sup> PARTRIDGE, *Consent and consensus*, London, 1971, 73 ss.; SHILS, *The concept of consensus*, in *International encyclopedia of the social sciences*, III, New York, 1968, 260-266.

<sup>90</sup> FRIEDRICH, *Man and his government*, New York, 1963, 237 ss.; PLAMENATZ, *Consent, freedom and political obligation*, Oxford, 1968, 170.

<sup>91</sup> COTTA, *Consenso*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>92</sup> Nella lingua inglese esistono addirittura due termini diversi, anche se derivati da una comune radice, per esprimere queste dimensioni del concetto. Con il termine “consent” ci si riferisce, prevalentemente, all’azione, con il termine “consensus” alla situazione (v. PARTRIDGE, *Consent and consensus*, cit.).

Nel momento in cui il sistema politico, democratico, viene a basare la sua legittimità su manifestazioni istituzionalizzate di consenso da parte dei membri della collettività, diventa cruciale ed assorbente la questione dell'esistenza, nel corpo sociale, di un certo livello minimo di consenso, inteso come accordo su alcuni valori e regole di comportamento comuni. La rilevanza giuridica del consenso sociale trova dunque le sue basi nella stessa dimensione normativa della teoria democratica, in quanto dottrina imperniata sulla concezione della comunità politica come comunità di cittadini: in questa prospettiva, il consenso assume il significato non solo di vincolo istituzionale, ma anche di processo comunicativo, dimostrandosi una *koinè* culturale mondiale, una risorsa essenziale per ogni regime politico e per ogni settore in cui la politica opera e si attua, quindi anche in campo di politica criminale. In questo ambito la discussione si sposta sui contenuti sostanziali del consenso, cioè sui valori, i fini e le policies, e sulla sua dimensione (più che "verticale", del consenso tra governati e governanti) "orizzontale" tra i soggetti del pluralismo.

Nell'ambito delle scelte collettive è necessario e naturale che quelle più importanti siano condivise dai membri della collettività in stato di uguaglianza, il che non significa - come esplicitato dall'art. 3 Cost. - assenza di differenze, bensì la considerazione "a ragionevole distanza" delle differenze esistenti tra chi partecipa alla formazione del consenso. È ovvio, difatti, che le scelte "fondamentali" possono essere prese solo da quegli individui che si riconoscono tra loro sufficientemente "uguali", e già sono - quindi - una collettività, una società<sup>93</sup>. La scelta collettiva non è infatti una scelta di ciascuno, ma una scelta per ciascuno: è come quando dei giocatori scelgono le regole del gioco prima di mettersi a giocare, in un momento in cui per ciascuno di loro è impossibile prevedere le singole situazioni in cui volta in volta si troveranno; così è possibile scegliere delle regole valide per il giocatore medio, ma che varranno per ogni giocatore.

È altresì ovvio che proprio scelte comuni, formatesi con questa logica, siano alla base della decisione espressa tramite lo strumento legislativo, vessillo della democrazia rappresentativa universale. Il carattere geneticamente "consensuale" della società e della politica si iscrive difatti già nell'istituzione parlamentare, non solo per il fatto che tra Governo e Parlamento deve stabilirsi una relazione consensuale, ma anche per la collegialità *inter pares* che del Parlamento è caratteristica precipua.

---

<sup>93</sup> BUCHANAN-JAMES M.-TULLOCK-GORDON, *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Bologna, 1998 (v.o. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Politics*, 1962).

La produzione giurisprudenziale del diritto penale (vivente) mutua questo carattere: la giurisprudenza si rende portavoce di un corpo sociale deliberante, delegata sempre più in questo senso da un legislatore conscio dell'impoverimento culturale-politico che accompagna il tecnicismo giuridico-penale e che allontana la fiducia del corpo sociale quanto all'effettività della tutela garantita dal sistema criminale<sup>94</sup>.

L'idea del consenso irrompe quindi prepotentemente sulla scena giudiziaria: essa è interamente centrata non sulla verità ma sulla giustizia della decisione, tratta dalla sua ragionevolezza<sup>95</sup>. Solo con questa premessa la pronuncia giudiziale potrà esprimere il senso profondo delle esigenze del contesto applicativo, «in modo tale da suscitare un consenso senza il quale la decisione non potrebbe trasformarsi in elemento vitale della pratica, ma diventerebbe un ramo secco destinato a cadere»<sup>96</sup>: «è essenziale la giustizia sociale, per la quale il consenso è l'unico indizio verificabile»<sup>97</sup>. Il giudice dovrà quindi dialogare con una comunità "ideale" di «persone ragionevoli»<sup>98</sup>, estratta dalla comunità reale, in modo che l'opinione di fatto si imponga come opinione di diritto, meglio, come opinione di diritto "vivente" in quanto diritto incarnato in una collettività «radicata in un preciso momento storico, in una determinata forma di vita»<sup>99</sup>.

Il seme del consenso si traduce quindi in paradigma generale delle scienze sociali e giuridiche, una sorta di piattaforma valoriale dalla quale si diffondono le relazioni intersoggettive, istituzionali ed umane, e si definiscono le procedure per la rispettiva regolamentazione. In quest'ottica il consenso sociale può dunque ben divenire un paradigma anche della scienza penalistica, impiantato com'è già nel principio di legalità e nella sua declinazione della riserva di legge parlamentare, ben capace di porsi a decodificatore dell'offensività penale.

Con questa veste di paradigma penale il consenso sociale si traduce difatti in una visione della realtà criminale, una impostazione mentale, una griglia di lettura che precede l'elaborazione teorica del reato ed imposta il metodo per

---

<sup>94</sup> INSOLERA, *La produzione del "penale" tra governo e parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 giugno 2016, 10, parla di una «produzione penale, funzionale al sostegno direttamente cercato nella società giudiziaria».

<sup>95</sup> PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, 174.

<sup>96</sup> VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 265.

<sup>97</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, 22.

<sup>98</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta*, ult. cit.

<sup>99</sup> VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 267.

affrontarla. Diventa così esso stesso una vera e propria “fonte” del diritto penale, mediata dalla disposizione che specificamente il consenso “invoca”.

Qui è il legislatore che prende coscienza di se stesso e dei suoi limiti, consapevole che «Le insufficienze programmatiche e regolative del potere legislativo tecnico-politico ..., fanno sì che la razionalità non sia concepita come corredo del legislatore ma solo come postulato da realizzare nella responsabilità del giurista»<sup>100</sup>. In sostanza, il legislatore assolve al compito di rendere l’ordinamento unitario e coerente espressamente incaricando il giudice di realizzare queste esigenze “tempo per tempo” e “contesto per contesto”, adeguandole al generale momento applicativo attraverso la sua attitudine interpretativa dell’elemento-consenso sociale<sup>101</sup>.

Ne discende l’assunzione, tra gli elementi strutturali del reato, del “consenso oggettivo”, quello espresso dal corpo sociale storicizzato. Ne discende che questa connotazione del consenso appartiene alla dimensione del valore, componente indefettibile dell’illecito criminale.

#### 4. Il delitto e l’offesa: l’art. 615-ter c.p. riconsiderato

Le osservazioni che precedono sono destinate a specchiarsi nell’art. 615 ter c.p, dove va colto il riflesso della nuova sensibilità giuridica formatasi nel corso dell’elaborazione della normativa sovranazionale di fonte europea<sup>102</sup>, che trapassando nell’ordinamento penale italiano attraverso l’art. 117, comma 1, Cost. veste la vittima con i panni della persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato. La formula si è riconfermata pressoché esatta nel passaggio dalla Decisione quadro del 15 marzo 2001<sup>103</sup> all’art. 2 lett. a) della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, acquistando

<sup>100</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta*, cit., 80.

<sup>101</sup> Cfr. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L’interpretazione e il giurista*, Padova, 2003, 73, per cui trattasi di compiti dell’interprete.

<sup>102</sup> Per un quadro generale sul diritto europeo in materia di vittime si veda DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.; ID., *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in *Punire Mediare Riconciliare - Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2009, 107 ss. Cfr. anche CHIAVARIO, *La vittima del reato e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *La vittima del reato questa dimenticata*, Roma, 2001, 106; ID., *Il diritto al processo delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1 ss.; CASAROLI, *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 563.

<sup>103</sup> Ove la si definiva testualmente (art. 1 lett. a): «persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro».

una fisionomia di portata rivoluzionaria al momento in cui la si legga in combinato disposto con la definizione sostanziale del reato (considerando n. 9): non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime.

L'indagine scientifica sull'offensività penale, regola di costruzione dell'illecito penale in applicazione dei principi costituzionali<sup>104</sup>, si rimette così in discussione dentro gli schemi di una modernità criminale che trova nella protezione dei diritti umani il suo presente e il suo futuro. La dizione adottata dal legislatore europeo dà infatti sostegno ad una visione sostanziale del reato come offesa socialmente rilevante di un bene giuridico individuale<sup>105</sup>, che si impone anche nella lettura e nell'applicazione del delitto di cui all'art. 615 ter c.p., a seguire la direttrice dell'art. 49, co. 2, c.p.

Si affida così alla verifica reale, messa in campo di caso in caso dal giudice ordinario, il saggio sull'effettiva apprezzabilità dell'offesa penale implicata nel fatto materiale che risulta corrispondente all'immagine di volta in volta tipizzata dalla legge<sup>106</sup>. Il valore umano che possa essere espresso da questa stessa offesa, indiziata dalla sua tipicità e soppesata nella sua realtà d'esistenza, diventa il paradigma di un nuovo diritto penale, che trova precluso il suo campo d'intervento rispetto ad un diritto che la società contemporanea non apprezzi come fondamentale per la dignità dell'uomo<sup>107</sup>.

Secondo questa angolazione, alla dignità umana va riconosciuto un profilo che non coincide con quello di bene giuridico, di "speciale" e "singolare" interesse della persona: essa assume piuttosto la levatura di qualifica necessaria del bene penalmente protetto, in corrispondenza al contesto culturale e giuridico dell'epoca contemporanea. Si tratta dunque di un parametro che va sempre puntualmente accertato nella relativa integrazione, per concludere (in prima battuta) dell'esistenza di una offesa penalmente significativa, che compare solo se ed in quanto la dignità dell'uomo risulti travolta perché violato un suo fondamentale interesse.

<sup>104</sup> La giurisprudenza delle ultime decadi si è vistosamente impegnata nell'affermare che il livello minimo dell'offesa punita dal diritto penale deve riconoscersi nel pericolo concreto, cfr. in particolare Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2646 ss.; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, 2015 ss.; Corte cost., 4 maggio 2005, n. 265, in *Foro it.*, 2006, I, c. 18.

<sup>105</sup> V., in proposito, l'opinione di ESER, *Bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1083.

<sup>106</sup> V. per tutte Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225, in *Cass. pen.*, 2008, 4606.

<sup>107</sup> E rispetto ad una offesa che, pur tipica ed effettiva, rimanga portatrice di una nota di oggettiva dignità umana, nel senso che l'umanità della vittima non ne risulti infine lesa (o messa in pericolo), per l'analisi e l'approfondimento di questo aspetto costitutivo dell'illiceità criminale, sia consentito il rinvio a FALCINELLI, *Il diritto penale della vittima del reato*, cit., 33.

La dignità umana è difatti il valore qualificante ogni diritto penalmente rilevante, è la “bilancia” del giudizio sull’esistenza e sul fondamento del bene umano di volta in volta in considerazione in campo penale. In proposito si è detto: «la supremazia della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto del bilanciamento, ma è la bilancia medesima»<sup>108</sup>. A ricordare che i diritti umani si stringono in una rete che tutti assieme li protegge, in un positivo equilibrio sia sul piano individuale che sul piano sociale<sup>109</sup>.

La dignità umana in questa prospettiva si dimostra un concetto universale, non riferibile solo a chi agisce criminosamente (uomo-reo), ma anche a colui o coloro con cui questi interagisce (uomo-vittima). Il principio dell’Offesa, tale perché negatrice di un valore espressivo della dignità della persona, scrive con ciò la regola dell’autodeterminazione<sup>110</sup> quale limite della tutela della dignità umana vulnerata. V’è un pensiero che puntualizza sagacemente questa regola: l’autodeterminazione (l’autonomia) rappresenta il «nucleo normativo della soggettività razionalistica moderna»<sup>111</sup>. L’autodeterminazione assume dunque il senso di *modus* costituzionale di esercizio del diritto penalmente rilevante, elemento che va pesato sul piatto della bilancia della dignità per verificare se sia rinvenibile o meno un grado umanamente intollerabile di offesa al valore<sup>112</sup>. Conciocché, la sua presa in considerazione non determina «una rottura traumatica del rapporto tra diritto penale e laicità»<sup>113</sup> ma concorre piuttosto a definire il parametro oggettivo e vincolante alla base delle scelte di criminalizzazione<sup>114</sup>, funzionale a comportarne un efficace contingentamento

<sup>108</sup> SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, 14 marzo 2008, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Cfr. anche RUGGERI, *Appunti per uno studio della dignità dell’uomo secondo diritto costituzionale* in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2001, n. 1.

<sup>109</sup> Sull’argomento, CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli 2008; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008; VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

<sup>110</sup> Per il dibattito sui confini, e le forme con le quali il diritto di autodeterminazione si deve manifestare cfr., tra gli altri, BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all’Europa unita*, Roma-Bari, 2007.

<sup>111</sup> PRETEROSSO, *Ciò che resa del soggetto*, in *Filosofia e politica*, 2, 2011, 357.

<sup>112</sup> Per considerazioni sul rafforzamento “vittimologico” del diritto del singolo di disporre dei propri beni in modo assoluto, che si riflette anche nell’obbligo di difenderli dalle possibili aggressioni provenienti da terzi con misure di protezione possibili, ragionevoli, comuni ed esigibili v. SANCHEZ, *Considerazioni vittimologiche*, cit., 669 (nota 81). Sull’autodeterminazione della vittima, secondo l’impostazione della vittimologia-dogmatica, si rinvia a anche a KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, 89 ss.

<sup>113</sup> PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, 444 s.

<sup>114</sup> Sul tema si rinvia all’approfondimento di FORTI, «*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*».

attraverso l'unità di misura del "diritto umano fondamentale", unico oggetto costituzionalmente eletto del diritto penale. Detto con altre parole, l'autodeterminazione della vittima, nel contesto di razionalità ordinamentale fin qui ricostruito, finisce per giocare un ruolo determinante in seno all'offesa penale, che, di riflesso, emerge nell'apprezzamento del consenso sociale.

#### 4.1. L'individuale umanità del bene giuridico difeso dal reato

Il circolo del ragionamento a questo punto trova un naturale punto di contatto tra l'autodeterminazione della vittima del reato e la libertà di autodeterminazione informativa protetta dall'art. 615-ter c.p.<sup>115</sup>, con ciò scostandosi dai profili di discussione in punto di tipicità<sup>116</sup>.

Nelle prime osservazioni legislative i contorni del disvalore punito dal delitto apparivano ben tracciati: il sistema informatico si appalesava quale «espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli art. 614 e 615 c.p.»<sup>117</sup>.

Parte della dottrina ha metabolizzato la scelta legislativa ritenendo che l'art 615-ter c.p. abbia posto sotto tutela il c.d. "domicilio informatico", e che cor-

*L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, 306 ss.

<sup>115</sup> Per informatica (informazione-automatica) deve intendersi la scienza e la tecnica dell'elaborazione delle informazioni operata in modo automatizzato per mezzo di elaboratori elettronici (computers), capaci di raccogliere, analizzare, sintetizzare, aggregare e separare i dati forniti. La giurisprudenza, ha precisato che l'espressione "sistema informatico" contiene in sé il concetto di una pluralità di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche in parte) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate - per mezzo di un'attività di "codificazione" e "decodificazione" - dalla "registrazione" o "memorizzazione", per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di "dati", cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli (bit), in combinazioni diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare "informazioni", costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente (Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, Piersanti, in *Mass. Uff.*, n. 214947).

Per telematica (telecomunicazione-informatica) deve intendersi la scienza e la tecnologia della elaborazione e della comunicazione di dati a distanza con l'impiego di strumenti informatici e di mezzi di telecomunicazione. In altre parole essa, incorporando la telecomunicazione e l'informatica, rappresenta la possibilità di utilizzare e trasmettere a distanza l'informatica. Servizi telematici sono, secondo la definizione proposta in sede internazionale (1991), i servizi, diversi dai servizi telegrafici o telefonici tradizionali che possono essere forniti agli utenti di una rete, quali ad es.: telex; telefax o fax; teletex; videotex; telescrittura; posta elettronica; teleconferenza; teleallarmi; ecc.

<sup>116</sup> In generale, in argomento, PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 38; CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2006, 875; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 499.

<sup>117</sup> Così la relazione al Disegno di Legge n. 2773 presentato al Senato il 26 marzo 1993 e trasferito alla Camera l'11 giugno 1993, tradottosi poi nella l. 23 dicembre 1993, n. 547. In giurisprudenza vedi Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, P.N., in *Cass. pen.*, 2000, 2990.

rettamente il legislatore abbia esteso ad esso l'elemento caratterizzante il domicilio fisico, ossia lo *ius excludendi* del titolare dello stesso<sup>118</sup>. Non convinta, la maggiore dottrina ha escluso l'assimilabilità ai luoghi di privata dimora, non ravvedendo nei sistemi informatici contenuti personalistici e privatistici propri della nozione di domicilio<sup>119</sup>, bensì di signoria sulla res, protetta da ogni possibile turbativa altrui<sup>120</sup>; o di protezione dell'integrità del sistema, dei dati e dei programmi in esso contenuti, dal pericolo di un accesso abusivo<sup>121</sup>. Ma la risposta più corale parla della tutela della riservatezza, informatica (o telematica), cioè dei dati e dei programmi contenuti in un sistema informatico, messa in serio pericolo dalle intrusioni dei soggetti non autorizzati<sup>122</sup>.

La giurisprudenza ha guardato verso l'orizzonte più ampio<sup>123</sup>, affermando che l'oggetto della tutela del reato di cui all'art. 615 ter c.p. è costituito dal c.d. "domicilio informatico", da intendersi come spazio ideale (ma anche fisico, in cui sono contenuti i dati informatici) di pertinenza della persona, il quale deve essere salvaguardato al fine di impedire non solo la violazione della riservatezza della vita privata, ma qualsiasi tipo di intrusione<sup>124</sup>, con la quale si confronta lo "*ius excludendi alios*", quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso purché attinente alla sfera di pensiero o all'attività, lavorativa o non, dell'utente; con la conseguenza che la tutela della legge si estende anche agli aspetti economico-patrimoniali dei dati, sia che titolare dello *ius excludendi* sia una persona fisica o giuridica, privata o pubblica, o altro ente<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> In tal senso v. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, cit., 61; MONACO, *Sub art. 615 ter*, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, *Comm. breve al codice penale*, Padova, 2008, 1726; BORRUSO, *La tutela dei documenti e dei dati*, in Borruso-Buonomo-Corasanti-D'Aiotti, *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, 28; ALMA-PERRONI, *Riflessioni sull'attuazione delle norme a tutela dei sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 505.

<sup>119</sup> BERGHELLA-BLAIOTTA, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 233; PAZIENZA *In tema di criminalità informatica: l'art 4 della legge 23 dicembre 1993, n. 547*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 750; MERLI, *Il diritto penale dell'informatica: legislazione vigente e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, II, 1993, 127; NUNZIATA, *Il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*, Bologna, 1996, 44; POMANTE, *Internet e criminalità*, Torino, 1996, 25.

<sup>120</sup> BERGHELLA-BLAIOTTA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 233.

<sup>121</sup> PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecnica di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informazione nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, 70; MERLI, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., 126.

<sup>122</sup> In questo senso v. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2000, 322; MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 385; PARODI-CALICE, *Responsabilità penali e internet*, Milano, 2001, 65; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2008, 245.

<sup>123</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 6 febbraio 2007, Cerbone, in *Mass. Uff.*, n. 236221.

<sup>124</sup> Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, De Vecchis, in *Mass. Uff.*, n. 214942.

<sup>125</sup> Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, Piersanti, cit.; Id., Sez. V, 28 ottobre 2015, Bastoni, in *Mass. Uff.*, n. 266182, per cui integra il reato di cui all'art. 615-ter c.p. la condotta di colui che accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica trattandosi di uno spazio di memoria, protetto da una password

Tale “elasticità” di contenuto è del resto espressa dalla stessa disposizione penale, nel momento in cui qualifica il sistema “tipico” come quello protetto dalle misure di sicurezza, sancendone la condizione che ne circoscrive la tutela criminale all’area di riconoscibilità di meccanismi di selezione dei soggetti abilitati all’accesso al sistema protetto<sup>126</sup>, anche quando si tratti di strumenti esterni al sistema e meramente organizzativi, in quanto destinati a regolare l’ingresso stesso nei locali in cui gli impianti sono custoditi<sup>127</sup>.

Qui si cala la situazione-tipo della consultazione, da parte di pubblici dipendenti, di dati contenuti in archivi della pubblica amministrazione. Estromessa dal circuito penale in base alla considerazione per cui la legittimazione all’accesso al sistema comporta anche la legittimazione alla cognizione di tutti i dati che vi sono contenuti<sup>128</sup>, vi rientra per svariati canali: ora conformemente alla soluzione consolidatasi in tema di duplicazione di dati aziendali, trainata dall’affermazione per cui è contraria alla volontà del titolare la permanenza

---

personalizzata, di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi, o di informazioni di altra natura, nell’esclusiva disponibilità del suo titolare, identificato da un account registrato presso il provider del servizio (in motivazione la Corte di cassazione ha precisato che anche nell’ambito del sistema informatico pubblico, la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una password personalizzata, rappresenta il suo domicilio informatico sicché è illecito l’accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico).

<sup>126</sup> CUOMO-IZZI, *Misure di sicurezza ed accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2000, 102; D’AIETTI, *La tutela dei programmi e dei sistemi informatici*, in Borrusso-Buonomo-Corasaniti-D’Aietti, *Profili penali dell’informatica*, Milano, 1994, 39; MUCCIARELLI, *Commento all’art. 4 della legge 547 del 1993*, in *Legisl. pen.*, 1996, 57.

<sup>127</sup> Cass., Sez. V, 7 novembre 2000, Zara, in *Mass. Uff.*, n. 217743. È stato precisato, inoltre, che nel delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, la violazione dei dispositivi di protezione non assume rilevanza per sé, ma solo come eventuale manifestazione di una volontà contraria a quella di chi dispone legittimamente del sistema, Cass., Sez. V, 7 novembre 2000, n. 1675, in *Studium Juris*, 2001, 724; Cass., Sez. V, 18 dicembre 2012, n. 18497, in *Dir. e giust. online*, 24 aprile 2013.

Contra, Cass., Sez. V, 24 settembre 2014, Copello, in *Mass. Uff.*, n. 261041, per cui, ai fini della configurabilità del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico, non assumono rilievo le violazioni commesse dal soggetto autorizzato in ordine alle indicazioni relative all’orario nel quale gli accessi possono essere effettuati in quanto si tratta di prescrizioni che attengono solo al profilo della organizzazione interna dell’ufficio presso il quale il sistema è operativo e non, invece, all’accesso ed al tempo di permanenza nel sistema informatico.

Per parte della dottrina, il delitto di cui all’art. 615-ter c.p. sussiste anche nell’ipotesi in cui il soggetto agente ponga in essere la condotta penalmente rilevante, durante la temporanea disattivazione delle misure di sicurezza c.d. logiche (per es. in corso di sostituzione, per manutenzione del sistema), con la consapevolezza di tale disattivazione, non essendo necessario, ai fini della sussistenza del reato, la violazione delle misure di sicurezza ma la mera presenza nel sistema di dati o di programmi che non siano di pubblico dominio, così PECORELLA, *Il diritto penale dell’informatica*, cit., 327; contra PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, cit., 60.

<sup>128</sup> Cass., Sez. V, 7 novembre 2000, Zara, cit.; Id., Sez. VI, 13 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2011, n. 10. Cfr. Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, P.C. in proc. Bassani e altro, in *Mass. Uff.*, n. 241202; Id., Sez. V, 10 dicembre 2009, Matassich e altri, *ivi*, n. 245842; nonché Trib. Milano, 28 settembre 2007, in *Foro ambr.*, 2007, 3, 325.

nel sistema per “finalità estranee alle ragioni d’istituto e alle finalità sottostanti alla protezione”; ovvero inquadrata come una forma di abuso di potere, rilevante ai sensi della previsione contenuta nel comma 2, al n. 1, dell’art. 615 ter c.p., la cui “generale” maggiore sanzionabilità reca i tratti di una autonoma fattispecie di reato, speciale dinanzi al comma 1 per la specialità della modalità di lesione, applicabile anche alla condotta di soggetti inizialmente autorizzati ad accedere al sistema informatico<sup>129</sup>.

Tali finalità possono ad esempio consistere «nell’eseguire un gioco elettronico rinvenuto nella memoria del sistema, oppure, laddove quest’ultimo sia collegato alla Rete, nel consultare la propria posta elettronica o un sito di proprio interesse». In riferimento a detti scopi in dottrina si è riflettuto che «ritenere punibili anche queste condotte, in quanto oggettivamente contrastanti con le prescrizioni, espresse o tacite, del titolare del sistema, significherebbe affidare all’art. 615-ter c.p. la repressione di fatti di mero uso non autorizzato dell’elaboratore, attraverso la loro irragionevole equiparazione a quelli, ben più gravi, consistenti nell’introduzione abusiva nel sistema da parte di un estraneo»<sup>130</sup>. La casistica giurisprudenziale dal canto suo ha trovato un fertile terreno di riscontro proprio con riguardo a chi, pubblico ufficiale, utilizzi il titolo di legittimazione all’accesso per finalità diverse da quelle consentite<sup>131</sup>, per cui l’agente continua ad operare o a servirsi del sistema oltre i limiti prefissati dal titolare<sup>132</sup>. Si è così, tra l’altro, applicato il principio ad una fattispecie relativa all’indebita acquisizione, con la complicità di appartenenti alla Polizia di Stato, di notizie riservate tratte dal data base del sistema telematico di informazione interforze del Ministero dell’Interno, per l’utilizzo in attività di investigazione privata di agenzie facenti capo agli stessi indagati o alle quali essi collaboravano<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> V. in proposito PECORELLA, *L’attesa pronuncia delle Sezioni unite sull’accesso abusivo a un sistema informatico: un passo avanti non risolutivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3692 ss.

<sup>130</sup> Così, acutamente, chiosa PECORELLA, *L’attesa pronuncia delle Sezioni unite*, cit., 3704 s.

<sup>131</sup> Di recente, sul dibattito commesso alle “finalità” ulteriori dell’agente, vedi MENGONI, *Accesso autorizzato al sistema informatico o telematico e finalità illecite: nuovo round alla configurabilità del reato*, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2200 ss.; CIVARDI, *La distinzione fra accesso abusivo a sistema informatico e abuso dei dati acquisiti*, in *Dir. inf.*, 2009, 1, 58- 63; FLOR, *Permanenza non autorizzata in un sistema informatico o telematico, violazione del segreto d’ufficio e concorso nel reato da parte dell’extraneus*, in *Cass. pen.*, 2009, 1502 ss.

<sup>132</sup> Così Cass., Sez. V, 7 novembre 2000, Zara, cit., nonché Id., Sez. II, 4 maggio 2006, Grimoldi, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 363.

<sup>133</sup> In senso conforme vedi Cass., Sez. V, 13 febbraio 2009, Russo, in *Mass. Uff.*, n. 243602. Cfr. anche Id., Sez. V, 10 dicembre 2009, Matassich, cit.; Id., Sez. V, 16 febbraio 2010, Jovanovic, in *Mass. Uff.*, n. 247144. Quest’ultima ha ravvisato la configurabilità del reato di cui all’art. 615-ter c.p. nel fatto del «pubblico ufficiale che, pur avendo titolo e formale legittimazione per accedere ad un sistema informatico o telematico, vi si introduca su altrui istigazione criminosa nel contesto di un accordo di corruzione

#### 4.2. Incursioni tra casi tipici e casi inoffensivi

Dentro questo orizzonte applicativo dell'accesso abusivo *ex art. 615-ter c.p.*, in difetto di una previsione vincolante in merito alla "forma" delle disposizioni organizzative, la permanenza invito domino in una parte di uno spazio informatico entro cui sia occorso un accesso legittimo, arriva a configurarsi con la prova del mancato rispetto dei "profili di autorizzazione", che può desumersi dalla violazione, oltre che di "consuetudini aziendali", anche di regolamenti organizzativi interni, di clausole di contratti individuali di lavoro e finanche del contenuto degli "incarichi"<sup>134</sup>.

Cosicché, accedere al server per sfruttarne l'uso, non il contenuto, o per ottenere una connessione di rete internet per scopi che pur non avvicinino al contenuto riservato dei dati informativi o semplicemente per avere un supporto informatico, ben può rispecchiare un fatto comunque dotato di tipicità sebbene privo in concreto di offesa secondo la declinazione di realtà dell'art. 49 cpv.

Da questi passaggi si articola la conclusione dell'ipotesi sperimentata.

La variegata pluralità degli episodi capaci di calarsi dentro la generale immagine tipica del delitto *ex art. 615 ter c.p.* abbraccia non solo i casi in cui il titolare del sistema coincida con chi individualmente interessato, in senso uma-

---

propria»; Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322, Bassani, cit.; Cass., Sez. V, 20 dicembre 2007, n. 2534, P.M. in proc. Migliazzo, in *Mass. Uff.*, n. 239105; Id., Sez. V, 25 giugno 2009, P.M. in proc. Genchi, in *Mass. Uff.*, n. 244749. In senso contrario Cass., Sez. V, 29 maggio 2008, Scimia, in *Cass. pen.*, 2009, 1502, in cui è stato escluso che dovesse rispondere del reato in questione un funzionario di cancelleria il quale, legittimato in forza della sua qualifica ad accedere al sistema informatico dell'amministrazione giudiziaria, lo aveva fatto allo scopo di acquisire notizie riservate che aveva poi indebitamente rivelato a terzi con i quali era in previo accordo; condotta, questa, ritenuta integratrice del solo reato di rivelazione di segreto d'ufficio, previsto dall'art. 326 c.p. In tale decisione è stato escluso che l'imputato avesse effettuato un accesso non consentito o si fosse indebitamente trattenuto, oltre modi o tempi permessi, nei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia, poiché l'interrogazione era stata effettuata con l'utilizzazione di una password legittimamente in suo possesso. È stato altresì evidenziato che non solo non esisteva norma o disposizione interna organizzativa che inibisse al cancelliere addetto alla singola sezione di consultare i dati del registro generale e le assegnazioni ai diversi uffici (giacché nessuna limitazione di tal genere era prevista per la lettura dei dati ad opera degli utilizzatori del sistema), ma una inibizione siffatta sarebbe stata contraria ad ogni buona regola organizzativa, attese le necessità di consultazione di un ufficio giudiziario. Vedi anche Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2008, Peparajo, in *Cass. pen.*, 2009, 2828 ss.

<sup>134</sup> V. Cass., Sez. V, 26 ottobre 2016, in *Guida al dir.*, 2017, n. 20, 97, per cui «il dominus può apprestare le regole che ritenga più opportune per disciplinare l'accesso e le conseguenti modalità operative, potendo rientrare tra tali regole, ad esempio, anche il divieto di mantenersi all'interno del sistema copiando un file o inviandolo a mezzo di posta elettronica, incombenza questa che non si esaurisce nella mera pressione di un tasto ma è piuttosto caratterizzata da un apprezzabile dimensione cronologica».

no, alla riservatezza del dato stesso ivi custodito, ma anche le ipotesi in cui questi soggetti siano diversi.

Lo conferma la previsione di speciale gravità codificata al capoverso, ove ben si avverte che l'umanità del valore protetto può non radicarsi nel patrimonio giuridico del gestore del sistema, la cui volontà di dettaglio, fornita esplicitamente o tacitamente per l'organizzazione-diffusione degli elementi contenuti, sia stata contraddetta e violata da chi ha sfruttato la propria condotta "di contatto funzionalmente qualificato" per perfezionare l'intrusione nell'altrui riservatezza informativa. Affinché siano riscontrabili questi tratti di specialità criminale, è difatti necessario che il "fatto" (l'accesso o la permanenza non autorizzati) sia commesso con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni, ossia con "abuso" del rapporto funzionale di cui il soggetto-reo è «investito nei confronti del sistema»<sup>135</sup>, come potrebbe accadere, ad esempio, se il pubblico ufficiale, abusando della propria funzione, inducesse un sottoposto a fornirgli le credenziali di autenticazione per accedere ad un sistema informatico<sup>136</sup>. Nella specialità di questa vicenda il bene protetto rimane costituito dall'umano diritto individuale all'autodeterminazione informativa, liberamente riservata entro una definita area di modi e canali: si tratta dell'interesse dell'"interessato-vittima", che è la persona umana alla quale fa riferimento il contenuto riservato del sistema; è l'interesse a non subire indebite interferenze nella sfera di rispetto e disponibilità di "spazi informatici", sulla cui riservatezza ogni singolo membro della collettività si affida, magari ex legis, delegando (ovvero tenuto a delegare) la gestione ad altri, in particolare pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, ed esprimendo in questo modo la partecipazione a quel consesso civile che pretende l'accettazione della volontà normativa ordinamentale (si pensi al trattamento di dati giudiziari e sanitari).

Ora, non appare contestabile che in quest'ultima congerie di casi sussista una netta distanza tra il titolare del bene giuridico protetto ed il titolare dello ius excludendi che è titolare della gestione del sistema, perché in capo a costui - come è per il pubblico ufficiale che dirige l'ufficio detentore del sistema - non si ravvisa alcun valore individuale umano (della persona "singolare") degno di protezione penale costituzionale.

La protezione del bene libertà di autodeterminazione informativa, che qui è libertà di riservatezza, si precisa dunque indipendente dalla peculiare qualità

---

<sup>135</sup> Cfr. PERRI, *Analisi informatico-giuridica dei reati di frode informatica e accesso abusivo a un sistema informatico o telematico con l'aggravante dell'abuso della qualità di operatore del sistema*, in *Giur. mer.*, 2008, 1651 ss.

<sup>136</sup> FLOR, *Verso una rivalutazione*, cit., 137.

(natura: giudiziari) o dalla quantità di dati e informazioni o dalla natura o dimensione dello spazio informatico (pubblico o di gestione pubblica): l'uno o più soggetti "titolari" del sistema, vale a dire colui o coloro cui pertiene il sistema informatico - telematico, risultano infine titolari di un potere a discrezionalità vincolata di determinare il "destino" di tali aree informatiche, in cui si manifesta la personalità umana altrui, quella dell'interessato-vittima del reato in quanto titolare del diritto umano protetto dalla fattispecie criminosa.

Puntualmente, si pensi, allora, al caso in cui il pubblico ufficiale debba svolgere un'attività rientrante nei propri doveri d'ufficio, come rilasciare un certificato o compiere un atto senza ritardo, accedendo alla banca dati della pubblica amministrazione. Si immagini che - per le più svariate ragioni - non riesca ad accedere al sistema con le proprie credenziali e quindi si avvalga di quelle di un collega (consenziente o meno) in modo da ottenere l'accesso immediato alla banca dati.

In tali casi - in mancanza di una qualsivoglia autorizzata flessibilità organizzativa-gestionale - il profilo autorizzativo è indubabilmente violato, avendosi a che fare con un comportamento in chiara contraddizione formale con le regole interne dettate in relazione all'utilizzo delle credenziali di autenticazione dei colleghi ed all'accesso ad un sistema informatico: in altre parole, il fatto è tipico ai sensi dell'art. 615-ter c.p. in quanto perfezionato contro la volontà espressa o tacita di chi ha diritto di escludere il colpevole dal sistema di specie, gestendolo per pubblica funzione.

Si oppone come non si configuri, per questo, alcun abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; ma si tratta di considerazione che non incide né sul profilo tipico del delitto in indagine - per come ricostruito anche dalla riflessione giurisprudenziale cadenzata nelle pronunce delle Sezioni unite - né sul profilo offensivo per come "umanamente" considerato, rimanendo il profilo dei doveri di ufficio evidentemente fuori dall'individualità del potere di autodeterminazione di una informazione riservata inerente la propria e singolare personalità, che anche la collocazione topografica di categoria riconosce nella fattispecie in parola. Diritto che certo spetta alla sola persona umana cui il dato (giudiziario) si riferisce.

Se ne conclude come occorra distinguere: tra le ipotesi in cui l'agente pubblico abbia avuto accesso o si sia mantenuto nel sistema acquisendo/conoscendo dati personali con i quali non poteva avere legittimo contatto (così se non aveva incarico titolato per certificare con riferimento a quel particolare procedimento giudiziario)<sup>137</sup>, che è ipotesi tipica ed offensiva di un simile e riscontra-

---

<sup>137</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 24 aprile 2013, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 255387, per cui integra il reato di ac-

bile valore umano; e l'ipotesi, tipica ma non offensiva ex art. 49 comma 2, c.p. - fatto non reato - in cui la tipicità non si riflette in vera offensività, perché quegli stessi dati informativi della altrui personalità sono comunque rimasti riservati al solo contatto dei soggetti legittimati (alla loro limitata conoscibilità) e per questo "soggetti previamente riconoscibili" dalla potenziale vittima - soggetto passivo del reato<sup>138</sup>.

È a questi che spetta il diritto di dignità umana, tale secondo il consenso sociale, di cui si avverte il rilievo giuridico in corrispondenza ad un'etica comune<sup>139</sup>, «cioè un complesso, per quanto minimo di valori comunitari, condivisi generalmente dal gruppo sociale non solo in quanto singolarmente considerati, ma anche nel loro assetto unitario»<sup>140</sup>. Dal coordinamento tra i due piani, sociologico e giuridico, discende così la moderna rivitalizzazione della tradizionale funzione pedagogica ed educativa della legge scritta, e del delitto ex art. 615-ter c.p.

**DANIELA FALCINELLI**

---

cesso abusivo al sistema informatico la condotta del pubblico dipendente, impiegato della Agenzia delle entrate, che effettui interrogazioni sul sistema centrale dell'anagrafe tributaria sulla posizione di contribuenti non rientranti, in ragione del loro domicilio fiscale, nella competenza del proprio ufficio.

<sup>138</sup> Cfr. PECORELLA, *L'attesa pronuncia delle Sezioni unite*, cit., 3692 ss.

<sup>139</sup> Il consenso sociale è «la spina dorsale dell'ethos comunitario» secondo VIOLA, *I processi di divaricazione tra diritto, morale e consenso sociale*, in Caprioli-Vaccaro (a cura di), *Diritto, morale e consenso sociale*, Brescia, 1989, 280.

<sup>140</sup> VIOLA, *I processi di divaricazione tra diritto, morale e consenso sociale*, cit., 278.