FRANCESCA RUGGIERI - LORENZO PICOTTI
(a cura di)

Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica

Aspetti sostanziali e processuali

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Francesca Ruggieri - Lorenzo Picotti
(a cura di)

Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica

Aspetti sostanziali e processuali

Atti del Convegno
Como, 21-22 maggio 2010

G. Giappichelli Editore – Torino

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-348-1877-0

La presente pubblicazione viene edita nell'ambito del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) 2007-2009 e con il sostegno della Sezione Giovani Penalisti del Gruppo Italiano dell'Association Internationale de Droit Pénal.

Indice

pag.

CAPITOLO 9

L'elemento soggettivo nei reati informatici: le categorie dogmatiche in una terra di confine

di *Marco Grotto*

1. Premessa

Affrontare le tematiche del "diritto dell'informatica" è l'occasione per riflettere su alcune categorie generali del diritto penale.

Una normativa così specifica, qual è quella in tema di reati informatici, e, soprattutto, la necessità di dare regolamentazione giuridica ad un mondo sempre più "virtuale" e sempre meno "reale" sottopongono gli istituti della parte generale del diritto penale a tensioni (quando non a "torsioni") interpretative ed applicative. A dimostrazione di questo assunto intendo proporre tre esempi: due di matrice giurisprudenziale (caso 1 e caso 2) ed un terzo, duplice (caso 3), relativo alla formulazione impressa dal legislatore a due norme incriminatrici.

2. Caso 1. Basta la colpa cosciente per ritenere provato il dolo eventuale?

Come noto, il codice penale italiano contiene una definizione dei concetti generali di "dolo" e "colpa". Parimenti, secondo una dottrina oramai indiscussa ed una giurisprudenza quanto mai consolidata, rappresentazione e volontà sussistono non solo quando il reo agisce con la precipua finalità di cagionare l'evento che poi si verifica (dolo intenzionale) oppure con la certezza che, pur volendo raggiungere un diverso scopo, la verificazione dell'evento è passaggio imprescindibile (dolo diretto), ma anche quando la volizione sia, per così dire, attenuata a livello di "accettazione del rischio". Ed, anzi, proprio questa fortunata locuzione è richiamata da buona parte della manualistica, al fine di distinguere tra la forma meno partecipata di dolo – il dolo eventuale – e la manifestazione più intensa di colpa – la colpa cosciente [1].

[1] Nella dottrina italiana, tra la vastissima bibliografia, v. G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 431 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e*

Brevemente: se l'agente si rappresenta, come probabile conseguenza della sua azione o omissione, quell'evento da cui la legge fa dipendere l'esistenza del reato e, ciononostante, egli decide di agire, se ne fa derivare che l'"accettazione del rischio" equivale, in sostanza, alla sua volizione. Al contrario, risponderà a titolo di colpa chi, pur rappresentandosi l'evento, confidi, sbagliando, nel fatto che esso non avrà a realizzarsi [2].

Questa distinzione, che – come detto – gode di ottimo credito presso la dottrina, è stata sposata in più di un'occasione anche dalla giurisprudenza [3].

È noto quali e quante siano le problematiche applicative in tema di colpa cosciente/dolo eventuale (es.: contagio da HIV [4], morte o lesioni cagionate da chi si mette alla guida in stato di ebbrezza [5] o da chi lancia di sassi dal cavalcavia [6]). Anche "il mondo dell'informatica" non si sottrae a questo destino, così come i casi proposti dimostrano.

2.1. La sentenza del Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Palermo del 21 aprile 2009

Il GUP presso il Tribunale di Palermo [7], in sede di giudizio abbreviato, s'è occupato di dare veste giuridica ad una situazione sicuramente nota al comune utente informatico, quotidiano destinatario di c.d. *e-mail spam*, ma, a quanto consta, piuttosto rara ad incontrarsi nei repertori giurisprudenziali [8].

Il caso è presto riassunto. Tizio, in cerca di lavoro, riceve, da un ignaro mittente, un'*e-*

colpa cosciente, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 113 ss.; G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1498 ss.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999; L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1072 ss.; P. VENENZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2000, p. 70 ss.; S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolo eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 906 ss.; F. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo*, Milano, 2003.

[2] V., nella manualistica, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 354 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, p. 330; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, V ed., Padova, 2007, p. 325; T. PADOVANI, *Diritto penale*, VII ed., Milano, 2004, p. 191; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, 2004, p. 410. Da ultimo, v. anche S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2007, p. 394 ss.

[3] Basti il riferimento a Cass., sez. fer., 24 luglio 2008 (dep. 31 ottobre 2008), n. 40878, in*Cass. pen.*, 2009, p. 4264 ss. con nota di richiami.

[4] Tra i casi più recenti, v. Cass., sez. V, 17 settembre 2008 (dep. 1 dicembre 2008), n. 44712, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4721 ss. ed in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 308 s.

[5] *Incidente mortale provocato da guida spericolata: colpa cosciente o dolo eventuale?* Cass., sez. IV, 24 marzo 2010 (u.p. 18 febbraio 2010), n. 11222, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 544 s.

[6] V. Cass., sez. I, 25 gennaio 2005, n. 5436, in *Riv. giur. polizia*, 2005, p. 344.

[7] GUP Palermo, 21 aprile 2009, in *De Jure*.

[8] Per i precedenti, v. GUP Milano, 28 luglio 2006, in *Dir. Internet*, 2007, p. 62 ss., con nota di G. VACIAGO-M.T. GIORDANO, *La qualificazione giuridica del phishing in una delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*; GUP Milano, 15 ottobre 2007, in *Dir. inf.*, 2009, p. 76 ss.; Trib. Milano, 29 ottobre 2008, in *Corr. merito*, 2009, p. 285 ss. con nota di F. AGNINO, *Computer crime e fattispecie penali internazionali: quando il phishing integra il delitto di truffa.* Convincente nell'escludere che il *phishing* possa essere ricondotto al delitto di cui all'art. 640 c.p., R. FLOR, *Phising, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 899 ss. (che rimane un contributo di riferimento, nonostante scritti successivi dello stesso A. sul medesimo argomento).

mail con la quale gli viene richiesto di mettere a disposizione il proprio conto corrente per alcune transazioni bancarie, da e verso l'estero. Lusingato dalla possibilità di un facile guadagno, questa persona permette ad una società spagnola di accreditare sul proprio conto corrente una certa somma, che egli provvede poi ad inviare ad una cittadina di nazionalità russa, trattenendo per sé l'8%.

Dubitando della legalità del *proprio* comportamento, Tizio si reca presso il più vicino comando dei Carabinieri ed espone l'accaduto. Ironia della sorte, a suo carico viene aperto un procedimento penale per riciclaggio (art. 648 *bis* c.p.).

La difesa, a questo punto, parrebbe fin troppo facile: è evidente che Tizio potrà anche aver tenuto una condotta tipica ai sensi dell'art. 648 *bis* c.p.; certo è che egli era ignaro della provenienza illecita delle somme transitate dalla Spagna al suo conto corrente e da questo nelle mani di un cittadino straniero. Prova ne sia che il procedimento penale a suo carico è scaturito proprio da una richiesta di informazioni alla PG in ordine alla legittimità o meno del comportamento tenuto.

Ma ecco la parte interessante della sentenza: premessa la sicura compatibilità tra l'elemento soggettivo del dolo eventuale ed il delitto di riciclaggio [9], il GUP motiva ritenendo che "*il contenuto e la forma dell'e-mail, le condizioni del contratto ed in particolare la richiesta del numero del conto corrente, non potevano indurre Tizio a ritenere che la proposta contrattuale avesse una dignità giuridica e non celasse un'operazione dai connotati illeciti»*. Reputa, infatti, il giudice "*che un uomo di normale esperienza (tale è Tizio), leggendo frasi [sgrammaticate quali quelle contenute nel messaggio e-mail], non poteva in alcun modo – diversamente da quanto sostenuto dalla difesa – firmare il contratto di lavoro, inviando peraltro tutte le informazioni in ordine al proprio conto corrente*". Ed ancora: "*va sottolineato che, come già rilevato, già nella fase della conclusione del contratto erano emersi elementi (il contenuto delle clausole contrattuali, i numerosi errori di grammatica, il linguaggio del tutto atecnico) che dovevano indurre [Tizio] a ritenere che l'operazione posta in essere dalla [società spagnola] non poteva in alcun modo essere ricondotta negli schemi legali tipici di un contratto di lavoro. Poteva e doveva inoltre essere immediatamente rilevato dalle condizioni contrattuali che non esisteva alcuna prestazione lavorativa richiesta [a Tizio], ma il vero scopo della società proponente era quello di acquisire la disponibilità del conto [a lui] intestato*".

Su questi elementi e su questo ragionamento in termini di puro rimprovero all'agente concreto per non essersi uniformato all'agente modello, si basa la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 648-*bis* c.p., emessa dal tribunale palermitano.

2.2. La sentenza del Tribunale di Milano n. 1972 del 2010 nel caso Google/ViviDown

Anche nella oramai notissima sentenza meneghina [10] compare un analogo *modus rationandi*, che diventa, evidentemente, *modus argomentandi*. In particolare, il giudice di primo grado, ritenendo di dover escludere una responsabilità di Google ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. [11], si sofferma sul profilo della responsabilità penale *ex* art. 167 d.lgs. n. 196 del 2003, il quale racchiude la sanzione penale per l'illecito trattamento dei dati personali.

[9] Di lì a poco, le sezioni unite riterranno altresì la compatibilità tra dolo eventuale e reato di ricettazione (art. 648 c.p.): v. Cass., sez. un., sent. 26 novembre 2009, dep. 30 marzo 2010.

[10] Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Foro it.*, 2010, II, c. 279.

[11] *Contra*, F. SGUBBI, *Parere pro veritate sulla fondatezza delle imputazioni elevate dalla Procura della Repubblica di Milano nel processo "Vivi Down"*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 745 ss.

La fattispecie punisce chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di una serie di disposizioni di legge, richiamate dalla medesima norma incriminatrice, e sempre che dal fatto derivi un nocumento [12].

Il problema che il Tribunale si è trovato ad affrontare può riassumersi come segue. Ammesso [13] (invero, è difficile sostenere il contrario) che tanto l'*upload* quanto il mantenimento sul *server*, a disposizione degli utenti, di un *file* video, avente i noti contenuti, integra un'attività di trattamento di dati personali [14], per di più sensibili [15], ed ammesso pure che il predetto trattamento sia avvenuto in assenza di consenso [16], la condotta di Google, oltre ad essere tipica, può dirsi anche colpevole? Ovvero, accertato che il mantenimento *on line* dall'8-10 settembre 2006 al 7 novembre di un filmato girato e pubblicato senza il consenso dell'interessato rappresenta un fatto tipico ai sensi dell'art. 167 TU, si può ritenere che detto comportamento sia stato oggetto di rappresentazione e volizione? Una rappresentazione e volizione della quale – non va dimenticato – dovrebbero essere portatori i vertici di Google.

Il Tribunale di Milano conclude ritenendo provato anche l'elemento soggettivo (tanto nel profilo di dolo generico quanto in quello di dolo specifico), ma con argomentazioni che mi lasciano perplesso.

Vale la pena riportare alcuni passaggi della motivazione.

"*Quanto ai fatti di questo procedimento, non sarebbe stato ragionevole pensare quantomeno ad un controllo sui video maggiormente visualizzati, o che rivestivano i primi posti nelle diverse sezioni di Google Video …? Ma un elemento macroscopico viene volontariamente sottaciuto da tutti: neppure un'analisi testuale in relazione ai titoli dei video era stata prevista! Questa semplice operazione avrebbe consentito di bloccare automaticamente ed immediatamente in ingresso (ai fini di una successiva verifica manuale più dettagliata, che in questo caso avrebbe confermato l'analisi preliminare) un video che – come quello in esame – era*

[12] Sul problematico inquadramento dogmatico del requisito del "nocumento", v. F.D. BUSNELLI-C.M. BIANCA (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, Padova, 2007. Favorevole all'impostazione giurisprudenziale (v., *ex multis*, Cass., sez. III, 17 novembre 2004 e sez. III, 26 marzo 2004, in *Foro it.*, 2006, II, c. 46, con nota di M. CHIAROLLA, *Trattamento dei dati personali su Internet ed illecito penale*) in termini di condizione obiettiva di punibilità, A. MANNA, *Codice della privacy: nuove garanzie per i cittadini nel testo unico in materia di protezione dei dati personali (commento al d.leg. 30 giugno 2003 n. 196)*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 15 ss.

[13] V. p. 90 s. della sentenza (testo dattiloscritto).

[14] Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 196 del 2003, per "trattamento" deve intendersi "*qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati*", mentre è "dato personale" "*qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*". Nessun dubbio, quindi, che la pubblicazione *on line* di un filmato che rappresenta una persona riconoscibile integri un "trattamento" quanto meno di quel particolare "dato personale" che è l'immagine.

[15] Sempre l'art. 4 cit. definisce "dati sensibili" "*i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché 'i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale'*" (virgolette aggiunte).

[16] L'art. 167 d.lgs. n. 196 del 2003 sanziona, tra l'altro, la violazione dell'art. 23 del TU, il quale prescrive che "*il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato*". Nel caso concreto, tuttavia, sembra più congruo il richiamo che l'art. 167 cit. fa all'art. 26 del TU, che contiene alcune "rafforzate" "*garanzie per i dati sensibili*".

stato ignobilmente titolato … Eppure certo non si potrà dire che Google, che ha sviluppato il motore di ricerca per eccellenza, non possa vantare tale "know how" in materia …"[17].

Dopo di che, alcune argomentazioni "intermedie"[18] sono dedicate alla affermazione del principio che, anche nel caso di un *host provider* (mero intermediario di traffico), "*esiste … un obbligo non di controllo preventivo dei dati immessi nel sistema, ma di corretta e puntuale informazione, da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, ai terzi che questi dati consegnano*". Come a dire: indipendentemente dal dovere (di cui si nega l'esistenza) di controllare i contenuti veicolati in rete, qualsiasi ISP ha il dovere (giuridico) di informare gli utenti degli obblighi di legge in materia di trattamento dei dati personali.

Da questo punto di vista, il comportamento tenuto da Google viene ritenuto censurabile in ragione del fatto che le informazioni sugli obblighi derivanti dal rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali erano "celate" all'interno delle "condizioni generali di servizio". Tale contegno, "*improntato ad esigenze di minimalismo contrattuale*", denoterebbe – secondo il giudice – una "*scarsa volontà comunicativa … L'informativa sulla privacy, visualizzabile per l'utente dalla pagina iniziale del servizio Google Video in sede di attivazione del relativo "account" al fine di porre in essere il caricamento dei files da parte dell'utente medesimo, era del tutto carente, o comunque talmente "nascosta" nelle condizioni generali di contratto da risultare assolutamente inefficace per i fini previsti dalla legge*".

Ribadito quindi che esiste un obbligo generale di informare l'utente della necessità che, anche nel *web*, il trattamento dei dati personali avvenga con modalità conformi a quelle previste dalla legge e stigmatizzato il comportamento di Google, in particolare, e di chiunque altro, in generale, "anneghi" avvertimenti di siffatto contenuto tra le spesso illeggibili clausole contrattuali, ecco le conclusioni del Tribunale[19]: "*l'esistenza di tutti questi "indici rilevatori" di tipo fattuale e documentale dimostra, a parere di chi scrive, una chiara accettazione consapevole del rischio concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto essere oggetto di particolare tutela; non solo, ma anche dell'interesse economico ricollegabile a tale accettazione del rischio e della chiara consapevolezza di quest'ultimo*".

Detto diversamente: Google, nel momento in cui ha preferito una politica di *low-profile* in tema di *privacy*, ha "accettato il rischio" di compiere un illecito trattamento di dati personali.

2.3. Considerazioni sulle modalità di accertamento dell'elemento soggettivo

Le difficoltà dell'accertamento dell'elemento soggettivo sono note e da tempo la dottrina ha sviluppato riflessioni metodologiche, oltre che dogmatiche, in materia. Sul fronte applicativo, le corti, di merito o di legittimità, si confrontano con la necessità di dover ricavare la prova del dolo o della colpa da alcuni indici fattuali. È, quindi, il fatto *hic et nunc* considerato, la sua specifica caratterizzazione che permette di "ricostruire" l'atteggiamento interiore del soggetto[20].

Colpa (cosciente) e dolo (eventuale) in molte occasioni vengono qualificati come stati soggettivi contigui, l'uno vicino all'altro, tant'è che per distinguerli si sono proposte numero-

[17] V. p. 80 ss. della sentenza (testo dattiloscritto).

[18] V. p. 92 s. della sentenza (testo dattiloscritto).

[19] V. p. 98 della sentenza (testo dattiloscritto).

[20] Accenna specificamente al problema il manuale di S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 397 s.

se e diverse soluzioni. Tra le tante – come accennato – quella che gode di maggior credito è la c.d. teoria dell'accettazione del rischio.

Senza intervenire *funditus* nel dibattito – non sarebbe, d'altronde, questa la sede opportuna –, ritengo vadano segnalati almeno due aspetti.

2.3.1. Primo problema

Per prima cosa, va ribadito che, anche nella forma "eventuale", si ha dolo solo nel caso in cui – come chiaramente scandisce l'art. 43 c.p. – l'evento dannoso o pericolo è "preveduto" e "voluto" dall'agente [21]. Considerato che l'elemento della "previsione dell'evento" può essere caratteristica anche della colpa (art. 61, n. 3, c.p.), se ne ricava che è la componente volitiva che caratterizza il dolo, anche eventuale.

Nelle sentenze che si sono portate all'attenzione del lettore, la motivazione in punto di elemento soggettivo ha le cadenze di un'argomentazione in tema di responsabilità squisitamente colposa più che responsabilità dolosa. La componente volitiva, che deve pur sempre caratterizzare l'accettazione del rischio (tant'è che agire, nonostante la previsione dell'evento ed accettando il rischio della sua verificazione, equivale a volere l'evento stesso), viene desunta dal non essersi resi conto, come sarebbe stato in grado di fare chiunque (*rectius*: l'agente modello), che l'*e-mail* contenente un'offerta di lavoro era fasulla e dal non essersi adoperato, come dovrebbe fare qualsiasi ISP diligente, per rendere evidenti gli obblighi di legge in materia di trattamento dei dati personali.

Il salto logico è evidente: non aver fatto quel che un *homo eiusdem condicionis* (nel primo caso) *et professionis* (nel secondo caso) avrebbe fatto è indice, anzi, *rectius*, "prova" dell'accettazione del rischio e quindi di volizione dell'evento [22].

Nonostante le difficoltà probatorie [23], ritengo che la tendenza debba essere oggetto di censura. Diversamente, le derive in termini di "presunzione" dell'elemento soggettivo dal contesto oggettivo risulteranno sempre meno fronteggiabili. Detta impostazione ha, infatti, già contaminato diversi contesti: il danno da prodotto [24]; la responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitale [25]; la riferibilità dei reati scopo ai vertici dell'associazione [26]; la responsabilità medica [27].

[21] Così anche S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 70 ss.

[22] Anche le impostazioni più spiccatamente tipologiche, pur rintracciando nel dolo eventuale una base oggettiva di rischio doloso (che deve essere di tale natura per cui la possibilità di "correre quel rischio" non verrebbe seriamente presa in considerazione da alcun *homo eiusdem condicionis et professionis*), non rinunciano al profilo psicologico della rappresentazione e della volizione (sebbene nella forma degradata dell'accettazione del rischio). Il pensiero va a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., *passim*.

[23] Si è osservato che il punto centrale della problematica del dolo non è da ricercare sul piano concettuale, bensì su quello processuale: C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 377, nota 37, con richiami bibliografici.

[24] C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 390 s.

[25] Per una sintesi, v. E. M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, p. 74 ss. Recentemente, v. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

[26] Basti il richiamo a Corte d'Assise d'Appello di Perugia, 17 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, II, c. 335 (poi riformata da Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, c. 161).

[27] V. F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1061 ss.

2.3.2. Secondo problema

Quale evento o, meglio, quale comportamento è stato oggetto di rappresentazione e volizione (ovvero di accettazione)?

Nel tentativo di ricostruire la dogmatica del dolo, una parte della dottrina ha rimarcato la necessità che, ad essere oggetto di rappresentazione, sia il fatto tipico nella sua interezza così come *hic et nunc* verificatosi. Basti, ad esempio, ripensare alle letture ora critiche ora "correttive" dell'art. 82, comma 1, c.p., puntualmente orientate a stigmatizzare la scelta legislativa di equiparare il fatto effettivamente realizzato (ma non voluto) a quello voluto (ma non realizzato) [28].

È specialmente il secondo dei casi proposti che offre le maggiori sollecitazioni sul punto. Ammesso che non aver fornito quelle avvertenze che, invece, si sarebbero dovute fornire (o che un avveduto ISP-modello avrebbe fornito), significhi "accettazione del rischio", qual è il rischio oggetto di accettazione? Ovvero, qual è, in questo caso, l'oggetto del dolo eventuale?

La lettera dell'art. 43 c.p. riferisce la previsione e la volizione all'"evento", ma è stato presto chiarito che, se, *ex* art. 47 c.p., l'errore sul fatto esclude il dolo, oggetto del dolo non potrà che essere lo stesso fatto tipico. E per "fatto" – si è detto prima – deve intendersi quell'insieme di condotta, nesso causale ed evento venuti concretamente ad esistenza.

Così, rapportato all'art. 167 del d.lgs. n. 196 del 2003, questo ragionamento induce a ritenere che oggetto di dolo eventuale può essere, al più, il trattamento, *hic et nunc* attuato (il mantenimento *on line*, dall'8-10 settembre 2006 al 7 novembre, del noto filmato) e caratterizzato dalla violazione di una o più delle norme richiamate dalla fattispecie incriminatrice.

Il ragionamento, proposto dalla sentenza del Tribunale di Milano, sembra, invece, condurre ad altre, diverse conclusioni. Affermare – come s'è fatto – che la mancata adozione di una corretta *policy* aziendale in termini di *privacy* può integrare un'accettazione del rischio di violare le norme richiamate dall'art. 167 del TU significa, in sostanza, individuare l'oggetto di rappresentazione e volizione non nella singola, concreta violazione, bensì in qualsivoglia violazione da chiunque compiuta. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, se ne ricava che, ad adottare un'informativa minimale in tema di trattamento dei dati personali, si accetta il rischio che un *qualsiasi* utente usi lo spazio *web*, che gli è messo a disposizione, per compiere *qualsiasi* reato in danno di *qualsiasi* persona.

Il che, invero, oltre a configgere con una ricostruzione dell'oggetto del dolo in termini di condotta ed evento "concreti", vanifica gli sforzi "contenitivi" in punto di responsabilità *ex* art. 40, comma 2, c.p. La posizione dell'ISP, infatti, è stata paragonata a quella degli agenti di polizia: tanto l'uno quanto l'altro, anche ad ammettere che abbiano un obbligo di controllo, non possono – per svariati motivi, che qui non v'è spazio per riproporre – essere chiamati a rispondere di qualsiasi reato da chiunque compiuto sol perché, intervenendo tempestivamente, l'avrebbero evitato. Tale condivisibile conclusione pare dovrebbe ritenersi, nella sostanza, rimessa in discussione a sposare una ricostruzione del dolo eventuale come accettazione del rischio del verificarsi di qualsiasi tipo di evento (o reato) in danno di qualsiasi bene giuridico.

[28] Per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 383 ss.

3. Caso 2. Elemento soggettivo e tipicità nel concorso di persone

3.1. La vicenda della c.d. baia dei pirati

La recente giurisprudenza in tema di crimini informatici offre un altro interessantissimo spunto di riflessione con riferimento alle tematiche del dolo e, più nello specifico, del suo atteggiarsi nel concorso di persone.

Come noto, su iniziativa della procura locale, il Tribunale di Bergamo si è dovuto occupare, anche in Italia, dell'assai insidioso problema della c.d. baia dei pirati (o *pirate bay*)[29]. Ai gestori, stranieri, del famoso *torrent tracker*, è stata contestata la violazione dell'art. 110 c.p. (con riferimento al quale di veda *infra*) e dell'art. 171-*ter* della legge sul diritto d'autore, n. 633 del 1941 (nel prosieguo, per brevità, anche "LdA"). La norma, nella sua assai articola formulazione, sanziona (anche) chi, agendo a fini di lucro ed in violazione dell'art. 16 LdA, comunica al pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore o anche solo parte di essa (art. 171-*ter*, comma 2, lett. a *bis*, LdA).

Il GIP, nell'accogliere la richiesta di sequestro avanzata dal PM, ha svolto alcune interessanti osservazioni, utili ai fini della riflessione che si vuole proporre in questa sede.

Egli, in particolare, ha sottolineato come "*in conformità ad una tendenza ormai consolidata, il materiale coperto da diritto di autore non viene diffuso attraverso la pubblicazione su un 'server' (come avviene per gli ordinari siti 'internet') e quindi su un sistema informatico fisso, stabile … Nel caso in esame, al contrario, il materiale destinato alla diffusione non è concentrato su un 'server' fisso, ma rimane sugli apparati informatici dei singoli utenti, che scambiano direttamente dati, interagendo 'da pari a pari' (donde la definizione di circuito "peer-to-peer")*". Ne segue che, in questo sistema "di pari", i *server* non servono (più) per archiviare il materiale oggetto di scambio, bensì hanno la "*funzione di gestire le connessioni tra gli utenti e l'indicizzazione dei 'file'. È indispensabile, infatti, che l'utente interessato al prelievo o allo scambio di particolari dati sia in grado di sapere se, dove ed in quale misura possa reperirli nel momento in cui si connette alla rete mondiale (accertamento precluso agli ordinari strumenti di ricerca, che non sono in grado di documentare e localizzare il contenuto dei singoli computer)*".

Esattamente questo era lo scopo del sito/*torrent tracker* denominato *www.thepiratebay.org*. Nelle parole del GIP: "*tale è … la funzione del sito "internet" www.thepiratebayy.org, che non conserva – sui 'server' che lo ospitano – i "file" che interessano ai suoi utenti e non li mette a disposizione di questi ultimi in modo diretto ed immediato, ma svolge una funzione di 'smistamento' (tecnicamente 'tracking' o tracciamento). Il sito, in pratica, definisce e fornisce un complesso codice alfanumerico di collegamento ('torrent') univoco per ciascun singolo 'file' … Grazie a questa univoca codificazione, gli utenti che accedono alle pagine di 'The Pirate Bay' sono posti in condizione di interagire, instaurando collegamenti e scambi sulla base di quel comune dato identificativo, che consente la convergenza di domanda e offerta*".

[29] Con decreto dell'1 agosto 2008, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bergamo, visti gli artt. 321 e ss. c.p.p., ha disposto il sequestro preventivo del sito *ww.thepiratebay.org*, disponendo altresì che i fornitori di servizi *internet* e, segnatamente, i provider operanti sul territorio dello Stato italiano inibiscano agli rispettivi utenti – anche e mente degli artt. 14 e 15 dal d.lgs. n. 70 del 2003 – l'accesso: all'indirizzo *www. thepiratebay.org*; ai relativi *alias* e nomi di dominio presenti e futuri, rinvianti al sito medesimo; all'indirizzo IP statico 83.140.176.146, che al momento risulta associato ai predetti nomi di dominio ed ad ogni ulteriore indirizzo IP statico associato ai nomi stessi nell'attualità e in futuro.

Già nel primo provvedimento cautelare, tuttavia, emerge quell'errore di fondo in cui, a mio parere, incorrerà anche la Suprema Corte[30]. Infatti, l'inquadramento giuridico appare non in linea con la puntuale descrizione del funzionamento del sito/*torrent tracker* e del funzionamento dei sistemi di scambio di *file* c.d. *peer to peer*. Secondo il GIP bergamasco, "*la gestione del sito stesso può ... ricondursi, al paradigma delittuoso ex art. 171 ter con specifico riferimento alle previsioni del comma 2, lettera a bis), di tale previsione incriminatrice. Ed invero può ritenersi che gli odierni indagati, in concorso tra loro e con terzi attualmente ignoti, in violazione dell'articolo 16 della l. 633/1941 ed a fini di lucro, abbiano comunicato e tuttora comunichino al pubblico opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore, immettendo le opere stesse sulla rete "internet" attraverso il sito identificato ... www.thepiratebay.org*".

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento del Tribunale del riesame[31] in tema di sequestro preventivo del sito *internet www.thepirate bay.org* nonché di altri *alias* o *mirrow*, si è espressa nei termini che seguono.

"*Innanzi tutto va affermato che correttamente l'impugnata ordinanza del tribunale di Bergamo ha ritenuto sussistere, quale presupposto del sequestro preventivo, il 'fumus commissi delicti' consistente nel trasferimento, a mezzo della rete 'internet', di 'file' aventi il contenuto di opere coperte da diritto d'autore in violazione del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico di tali opere. La particolare tecnologia informatica di condivisione di "file" tra utenti della rete "internet" (c.d. 'file sharing') e l'utilizzo di protocolli di trasferimento dei "file" direttamente tra utenti (c.d. 'peer to peer') per la diffusione in rete di opere coperte da diritto d'autore ... non escludono la configurabilità del reato ...*".

Gli ermellini proseguono sottolineando – come ha fatto il giudice di merito – che la caratteristica della condivisione di *file* (c.d. *file sharing*) e dei protocolli di trasferimento dei *file*, del tipo *peer to peer*, è quella di aver decentrato presso gli utenti (c.d. *client*) – i quali effettuano solitamente le operazioni di *downloading* – anche l'attività di "invio" dei *file* (c.d. *uploading*) contenenti l'opera protetta dalla normativa sul diritto d'autore. Pertanto – si insiste in motivazione – la "diffusione" dell'opera coperta da diritto d'autore non avviene dal centro (il sito *web*) verso la periferia (che riceve il *downloading*), ma da un utente che effettua l'*uploading* agli altri utenti che lo ricevono; quindi da "pari a pari" (*peer to peer*), non essendoci un centro (il sito *web*; il *server*) che possiede l'opera e che la trasferisca "in periferia", agli utenti che accedono al sito. L'opera è, invece, "in periferia", presso gli utenti stessi, e da questi è trasferita – e quindi diffusa – ad altri utenti.

Anche la Corte di Cassazione, quindi, si preoccupa, prima di tutto, di descrivere in modo preciso e compiuto il funzionamento delle reti *peer to peer*.

Subito dopo è affrontato, in due *steps*, il problema giuridico.

Prima di tutto, considerato che a carico dei gestori del sito incriminato pende un'imputazione per concorso nell'altrui reato, la Corte si premura di precisare che "*il reato di diffusione dell'opera, senza averne diritto, mediante la rete 'internet' è commesso innanzi tutto da chi fa l''uploading', reato previsto, rispettivamente, dalla LdA, art. 171, comma 1, lett. a bis), se c'è la messa a disposizione dell'opera in rete "a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma", ma non a scopo di lucro, ovvero dall'art. 171 ter, comma 2, lett. a bis), se c'è la comunicazione dell'opera in rete a fine di lucro*". Ed è esattamente questa seconda la fattispecie per la quale si procede, "*essendosi ravvisato – da parte dei giudici di merito – il fine di lucro negli introiti delle inserzioni pubblicitarie a pagamento*".

[30] Cass., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, II, c. 136. La Suprema Corte ha annullato la sentenza del Trib. di Bergamo, 3 ottobre 2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Diritti d'autore*, n. 204.

[31] Il Tribunale del riesame di Bergamo, con ordinanza del 24 settembre 2008, a mente dell'art. 324 c.p.p., ha annullato il sequestro preventivo disposto dal giudice per le indagini preliminari.

Quanto al gestore del sito, poi, vanno distinte due situazioni. La prima è quella del sito *web* che si limita a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello *peer to peer*) per consentire la condivisione dei *file* contenenti l'opera coperta da diritto d'autore ed il loro trasferimento tra utenti. In questo caso – ritiene la Corte – il titolare del sito sarebbe estraneo al reato. La seconda situazione è quella del caso di specie, ove il gestore del sito "*fa qualcosa di più*", ovvero si occupa anche di indicizzare le informazioni che gli provengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di *uploading*. In questo modo, le informazioni contenute nel sito (ovvero, le chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l'opera), permettono agli utenti di "orientarsi", chiedendo il *download* di una certa opera piuttosto che di un'altra. Ed è proprio in ragione di questo elaborare e rendere disponibili nel sito, a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate, le chiavi di accesso alle opere protette che il sito cessa di essere un mero "corriere" che organizza il trasporto dei dati. "*Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente ("peer to peer"), ma l'attività del sito "web" (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò, e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p. ... In altre parole la tecnologia 'peer to peer' decentra sì l''uploading' (la diffusione in rete dell'opera), ma non ha anche l'effetto, per così dire, di decentrare l'illegalità della diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore senza averne diritto. Rimane comunque un apporto del centro (ossia del titolare del sito "web") a ciò che fa la periferia (gli utenti del servizio informatico che, utilizzando quanto reso disponibile nel sito 'web', scaricano l'opera protetta dal diritto d'autore), apporto che, nel nostro ordinamento giuridico, consente l'imputazione a titolo di concorso nel reato previsto dal cit. art. 171 ter, comma 2, lett. a bis*".

3.2. Considerazioni sul ruolo dell'elemento soggettivo nel concorso di persone

Il fatto oggetto di contestazione appare quanto mai chiaro: i gestori del sito *www.thepirate bay.org* hanno messo a disposizione degli utenti un c.d. *torrent tracker* (in termini più semplici: un motore di ricerca per i *file torrent*) che consente agli utenti di individuare in quale macchina, connessa in rete, si trova il *file* il cui *download* si desidera. Come precisato dal GIP di Bergamo e come rimarcato anche dalla Corte di Cassazione, la duttilità del sistema di *download* attraverso i *file torrent* consiste nel fatto che, fisicamente, i dati informatici sono e rimangono memorizzati sui PC dei singoli utenti e non vengono, invece (come accadeva con i sistemi precedenti di condivisione, quali, ad esempio, *Napster*), ad essere situati sul *server* (che, nel caso di specie, ospita il sito *www.thepiratebay.org*), il quale funge da mero tramite di uno scambio "tra pari". A ciò va aggiunto anche il fatto che l'utente effettua il *download* non del *file* intero, bensì di segmenti (meno "pesanti") dello stesso.

Se questa è la situazione, ne segue che, la condotta di "immissione in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore", sanzionata (con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da € 2.582,00 ad € 15.493,00) dall'art. 171-*ter*, comma 2, lett. a *bis* LdA, è posta in essere dal singolo utente, che mette in condivisione i *file* del proprio PC. Al contrario, sarebbe errato ritenere che analoga condotta ponga in essere il gestore del *torrent tracker*, il quale null'altro fa se non fornire, alla macchina che si connette ad un certo sito, le istruzioni informatiche per ritrovare, nelle altre macchine collegate, il *file* di interesse. Quest'ultimo, infatti, non compie alcuna operazione di "comunicazione al pubblico" di opere protette dal diritto d'autore, né si rende colpevole della "immissione" di predette opere nei sistemi di reti telematiche.

Se questo è vero, se ne deve concludere che il comportamento dei gestori del sito *www.thepiratebay.org* non può considerarsi tipico ai sensi dell'art. 171-*ter* LdA. Tuttavia – come evidenziato sin dalla formulazione del capo di imputazione –, ritengono i giudici che si sono pronunciati sul caso, che chi gestisce un *server* che ha la precipua funzione di "facilitare" gli utenti nel *download* di opere protette dal diritto d'autore, potrà essere agevolmente chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 110 c.p. In questo contesto, la sua condotta, pur non riconducibile, di per sé, alla fattispecie incriminatrice contenuta nella LdA, diventa tipica in quanto avente un contenuto che, materialmente ed univocamente, è agevolatore rispetto alla commissione di quello specifico reato [32].

Tale conclusione viene ad essere non completamente condivisibile sol ponendo attenzione all'elemento soggettivo di fattispecie. L'art. 171-*ter* LdA, tanto al comma 1 quanto al comma 2, lett. a *bis*, sanziona esclusivamente chi agisce "a fini di lucro" [33]. L'elemento del dolo specifico, specialmente nel settore della tutela penale del diritto d'autore, non può essere sottovalutato: se non altro perché uno dei tratti distintivi tra l'art. 171-*bis* e l'art. 171 *ter* LdA è rappresentato proprio dall'alternativa "fine di profitto"/"fine di lucro" e perché, in molteplici occasioni, il legislatore è intervenuto su questo aspetto [34].

Tanto nelle pronunce di merito quanto in quella di legittimità, la ricostruzione del dolo specifico in capo ai gestori del sito incriminato è affrontata in modo piuttosto agevole: la vendita di spazi pubblicitari sul sito *www.thepiratebay.org* è prova del fatto che gli indagati hanno agito a fine di lucro. Conclusione, questa, che si può anche condividere.

Tuttavia, a questo punto, c'è qualcosa che sfugge. I gestori del *torrent tracker* sono chiamati a rispondere per aver favorito la comunicazione al pubblico, mediante immissione in rete, di opere protette dal diritto d'autore, così concorrendo con i singoli utenti, che a quel sito si sono collegati, alla realizzazione del reato di cui all'art. 171-*ter* LdA. Il comportamento dei gestori del sito, di per sé atipico, acquista tipicità in virtù dell'art. 110 c.p.; mentre ad essere tipico sarebbe il comportamento degli utenti alla ricerca di *file* da "scaricare". Ma ecco l'"inghippo": i primi agiscono con il dolo specifico del "fine di lucro", mentre i secondi è verosimile agiscano o con dolo generico o, al più, con il dolo specifico del "fine di profitto", intendendosi, per tale, anche il risparmio di spesa.

Di qui il salto logico: nella vicenda bergamasca l'imputazione è, per così dire, "composita": da un lato, il fatto tipico è posto in essere dai singoli utenti, mentre la condotta agevolatrice dei gestori del sito da atipica *diventa* tipica grazie all'art. 110 c.p.; dall'altro, il dolo specifico di profitto è proprio di chi concorre (con comportamento atipico) nell'altrui reato, ma non anche di chi quel reato materialmente commette. Come a dire: gli utenti pongono in essere la condotta ed il gestore del sito "mette" il dolo specifico che manca per aversi il reato perfetto.

---

[32] Sulla funzione dell'art. 110 c.p. quale "clausola generale", che rende punibili fatti che non lo sarebbero ai sensi della fattispecie di parte speciale, v. L. RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, p. 61 ss.

[33] Sul punto, anche per i richiami giurisprudenziali, v. M. MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici e le altre disposizioni penali*, Milano, 2008, p. 81 ss. In argomento, D. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, 2006.

[34] Con riferimento al comma 1 dell'art. 171-*ter* LdA, le parole "*a fini di lucro*" sono state dapprima sostituite dalle parole "*per trarne profitto*" dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 72 del 2004, conv., con modificazioni, nella legge n. 128 del 2004. L'art. 3, comma 3-*quinquies* del d.l. n. 7 del 2005, conv., con modificazioni, nella legge n. 43 del 2005, ha poi sostituito le parole "*per trarne profitto*" con le attuali "*a fine di lucro*". Anche la lett. a *bis* del comma 2 dell'art. 171-*ter* LdA è stata oggetto di novella nel 2005: le originarie parole "*per trarne profitto*" sono state sostituite dalle attuali "*a fini di lucro*" dall'art. 3, comma 3-*quinquies* del d. l. n. 7 del 2005 cit.

Contrariamente a quanto affermato, la condotta dei gestori del sito *www.thepiratebay.org* non integra – a mio avviso – un concorso nel reato di cui all'art. 171-*ter*, comma 2, lett. a *bis* LdA, bensì, al più, un concorso nel diverso reato previsto dell'art. 171, comma 1, lett. a *bis* LdA. L'accertamento della finalità di lucro, che anima il gestore del *torrent tracker* è superflua in un caso come quello descritto, perché egli non pone in essere un fatto tipico ai sensi dell'art 171-*ter*, né concorre con altri che tengano quel contengo ("comunicare al pubblico opere protette *con finalità di lucro*"). Tutto quello che si può contestare al gestore del sito è, semmai, il concorso nel meno grave reato di cui all'art. 171 LdA (per il quale vale anche la causa di estinzione di cui al comma 2).

Il caso in esame è particolarmente interessante anche ai fini di una rilettura delle problematiche in tema di concorso di persone: la conclusione cui si è giunti presuppone, infatti, una visione dei contributi concorsuali in termini di accessorietà (il comportamento dell'*ISP* è penalmente rilevante perché, seppur atipico, è accessorio rispetto alla condotta, *in se* avente rilievo penale, posta in essere dall'utente). L'impostazione suggerita dalla Cassazione sembra invece più vicina alla teorica della fattispecie plurisoggettiva (eventuale o differenziata), con ciò esponendosi alle critiche sopra formulate, oltre che a quelle generalmente mosse alla predette impostazioni [35].

4. Caso 3. Scelte legislative (improprie) e ruolo del dolo specifico

4.1. La frode del certificatore (art. 640-*quinquies* c.p.)

La legge n. 48 del 2008, che ha ratificato e dato attuazione alla Convenzione Cybercrime, ha introdotto, all'interno del codice penale, alcune nuove figure di reato. Tra queste rappresenta un fattore di novità la "frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica", ora prevista all'art. 640-*quinquies* c.p.: "*Il soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica, il quale, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero di arrecare ad altri danno, viola gli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 51 a 1.032 euro*" [36].

[35] In sintesi, v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit*., p. 491 ss.

[36] L'inserimento dell'art. 640-*quinquies* si deve all'art. 5, legge 18 marzo 2008, n. 48. Per un primo commento ai profili di diritto penale sostanziale della legge n. 48 del 2008, si vedano: G. AMATO, *Contrasto specifico all'abuso di dispositivi*, in *Guida dir.*, 2008, 16, p. 58, ID., *Danneggiamento perseguibile a querela*, in *Guida dir.*, 2008, 16, p. 60; L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Legge 18 marzo 2008, n. 48. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 700; ID., *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 437; F. RESTA, *Un intervento incisivo nella sostanza*, in *Guida al dir.*, 2008, 16, p.54; P. SCOGNAMIGLIO, *Criminalità informatica. Commento organico alla Legge 18 marzo 2008, n. 48*, Napoli, 2008. Un elenco dei Paesi che hanno ratificato la Convenzione Cybercrime può essere reperito su *www.coe.int/cybercrime*. Sul ruolo del Consiglio d'Europa e sull'importanza della convenzione di Budapest, v. *ex multis*: P. DAMINI-S. DELSIGNORE, *XVI Congresso dell'associazione internazionale di diritto penale (Budapest, 5-11 settembre 1999)*, in *Indice pen.*, 2000, p. 337 ss.; G. ILARDA-G. MARULLO (a cura di), *Cybercrime: conferenza internazionale. La convenzione del consiglio d'Europa sulla criminalità informatica*, Milano, 2004; L. PICOTTI, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 189 ss.; C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Dir. Internet*, 2005, 5, p. 437 ss.

La novella legislativa costituisce l'occasione per svolgere alcune riflessioni sugli attuali orientamenti della politica criminale[37].

La *rubrica legis* e la collocazione sistematica della nuova fattispecie impongono di verificare quanto sia "truffaldino" il comportamento del certificatore qualificato descritto all'art. 640-*quinquies* c.p. e se questo suo contegno mantenga un qualche denominatore comune con il "tradizionale" reato di truffa (art. 640 c.p.).

Secondo un'opinione piuttosto condivisa si ha truffa quando: *i*) sono posti in essere artifici o raggiri; *ii*) essi portano ad un'induzione in errore della vittima; *iii*) la vittima compie un atto di disposizione patrimoniale; *iv*) dall'atto di disposizione patrimoniale deriva il duplice evento di ingiusto profitto con altrui danno[38].

Una condotta sì articolata e complessa non era, evidentemente, in grado di reggere il confronto con i tempi e, soprattutto, con l'avvento della tecnologica informatica. Infatti, già nel 1993 (con la legge n. 547) è stato introdotto nel codice penale l'art. 640 *ter* c.p.[39].

Nella truffa "tradizionale" il reo ha quale referente una persona fisica ed è proprio questo che gli permette di farle credere che esiste ciò che non esiste o che non esiste ciò che esiste. Scopo del truffatore è colorare di verosimiglianza quella che in realtà è una rappresentazione distorta della realtà: una *mise en scene*. Quando il "reo" diventa "operatore" e la "vittima" diventa un "sistema informatico", la conservazione dell'esposto schematismo non è più possibile né auspicabile: solo un uomo (e non anche una macchina) può credere reale ciò che tale non è ed essere così tratto in errore.

---

[37] In argomento, sia permesso il rimando a M. GROTTO, *Reati informatici e Convenzione Cybercrime. Oltre la "Truffa" e la "Frode informatica": la "Frode del certificatore"*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 139 ss.

[38] In realtà la formulazione della norma è più sintetica ("*Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro*"). Questa sorta di quadripartizione, però, è pressoché unanimemente condivisa da dottrina e giurisprudenza. Tra la vasta letteratura si vedano A. CRESPI, *Il comportamento fraudolento e l'incusso timore di un pericolo immaginario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 154 ss; G. FIANDACA, *Frode valutaria e truffa in danno dello Stato*, in *Foro it.*, 1981, II, c. 431; G. LA CUTE, voce *Truffa (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 243; M. MANTOVANI, *Dolo, truffa, annullabilità del contratto (Nota a Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, Tanesini c. Mazzei)*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, I, p. 271; G. MARINI, voce *Truffa*, in *Dig. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 353; G. PECORELLA, voce *Patrimonio (delitti contro)*, in *Noviss. Dig., Agg.*, XII, Torino, 1965, p. 643; C. PEDRAZZI, *La promessa del soggetto passivo come evento nei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 384; ID., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, *passim*; U. PIOLETTI, voce *Truffa*, in *Novis. Dig.*, *App.*, VII, Torino, 1987, p. 907; G. SAMMARCO, voce *Truffa*, in *Enci. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; M. ZANOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, *passim*; tra i commentari, basti il richiamo a M.T. VASCIAVEO, *Art. 640*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 4602 ss.

[39] Il reato di "frode informatica" è stato introdotto all'art. 640 *ter* c.p. dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547. L'intervento novellistico ha tratto origine della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R (89) 9 del 1989 (pubblicata in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, p. 377 ss. in appendice al contributo di V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*; specificamente, in argomento: CONSEIL DE L'EUROPE, *La criminalité informatique. Raccomandation n. R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur et rapport final du Comité européen pour les problèmes criminels*, Strasbourg, 1990). L'interesse per le attività riconducibili alla frode informatica non manca nemmeno nella Convenzione Cybercrime, il cui art. 8, rubricato "*Computer-related fraud*" recita: "*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without righzt, the causing of a loss of property to another person by:* || *a) any input, alteration, deletion or suppression of computer data;* || *b) any interference with the functioning of a computer system,* || *with fraudulent or dishonest intent of procuring, without right, an economic benefit for oneself or for another person*". Anche negli atti parlamentari che descrivono l'*iter* di recepimento della Convenzione sono specificamente richiamate le iniziative di stampo europeo: si veda la relazione al d.d.l. n. 2807 presentata alla Camera il 19 giugno 2007.

Prendendo atto di questo inconfutabile dato fattuale, il legislatore del 1993, nel formulare la fattispecie dell'art. 640-*ter* c.p., ha ben ritenuto di abbandonare il riferimento ad "artifici o raggiri" e di concentrare l'attenzione sulle condotte di "alterazione di un sistema informatico o telematico" ovvero di "intervento senza diritto su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti".

Se nel 1993 si è ritenuto di mantenere una certa continuità tra la struttura della truffa e quella della frode informatica, ciò non è accaduto nel 2008. La fattispecie di cui all'art. 640-*quinquies* c.p. sanziona un comportamento che, apparentemente, nulla ha a che vedere con l'evento di illecito profitto e altrui danno, che gli artt. 640 e 640-*ter* c.p. vogliono realizzato per il tramite di condotte subdole, ora ricadenti sulla vittima ora sulla macchina.

La condotta tipica, originariamente concepita, in sede di presentazione del disegno di legge, come "violazione degli obblighi indicati all'art. 32 del c.d. Codice dell'Amministrazione digitale", è diventata "violazione degli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato"; il duplice evento di danno e profitto è scomparso; il dolo da generico è diventato specifico; il reato da comune è diventato proprio.

L'interrogativo se, con l'eliminazione del riferimento all'art. 32 d.lgs. n. 82 del 2005, si sia o meno ampliato il novero di comportamenti aventi rilevanza penale, è presto risolto. Nonostante il Codice dell'Amministrazione Digitale riservi numerose norme alla figura del certificatore qualificato (dall'art. 26 all'art. 37), è solo l'art. 32 che, allo stato, elenca gli *obblighi di legge* che egli deve rispettare nel momento in cui provvede al *rilascio* del certificato qualificato.

Il passaggio dalla formulazione iniziale del d.d.l. a quella definitiva della legge n. 48 del 2008 non sembra quindi produrre modifiche di particolare rilievo. Anzi, il venir meno del riferimento espresso all'art. 32 del d.lgs. n. 82 del 2005 rappresenta un esempio di positivo superamento della tecnica meramente sanzionatoria che, seppur criticata dalla dottrina con ricchezza di argomentazioni, riesce spesso a sedurre il legislatore. Peccato, però, che si sia rinunciato ad una descrizione più puntuale e precisa delle condotte penalmente rilevanti, così condannando l'art. 640-*quinquies* c.p. ad una certa indeterminatezza.

Il duplice evento di danno e di profitto circoscrive non poco la rilevanza penale delle condotte di cui agli artt. 640 e 640 *ter* c.p. Ciò non accade con riguardo all'art. 640 *quinquies* c.p., che, semplicemente, sanziona "*il soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica, il quale ... viola gli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato*". Così, mentre l'art. 640 c.p. e l'art. 640-*ter* c.p. hanno una formulazione speculare per quanto riguarda l'evento e l'elemento soggettivo, l'art. 640-*quinquies* c.p. (nel testo che è entrato in vigore) innova completamente: scompare l'evento di danno ed al dolo generico viene sostituito il dolo specifico.

Ed eccoci quindi al *punctum dolens*: quale ruolo è stato riservato dal legislatore della riforma all'elemento soggettivo? Qual è la conseguenza del fatto che nell'art. 640-*quinquies* c.p. il dolo specifico sia "caricato" di un danno che, negli artt. 640 e 640-*ter* c.p., fa parte del fatto tipico?

Nel caso *de quo* il fatto tipico non adempie completamente alla funzione che gli sarebbe propria, di puntualizzazione del *discrimen* tra ciò che è lecito è ciò che è penalmente vietato (e sanzionato): s'è già evidenziato come la condotta tipica risulti, almeno in parte, indeterminata e s'è già messa il luce la necessità di circoscrivere il richiamo all'art. 32 del d.lgs. n. 82 del 2005 a quei precetti che, se violati, portano al rilascio di un certificato sprovvisto di quell'affidabilità che dovrebbe caratterizzarlo. Ne consegue che il fine di profitto "o" danno viene ad assumere una portata selettiva più che significativa.

L'elemento soggettivo, quindi, *i*) è criterio per distinguere, tra le violazioni del d.lgs. n. 82 del 2005, quelle che hanno *anche* rilievo penale da quelle che, invece, hanno solo portata

civilistico-amministrativa e *ii*) è l'unico elemento che colora di patrimonialità la fattispecie[40].

Ricostruire ed interpretare il delitto di frode del certificatore leggendo la condotta base *separatamente* dalla finalità specifica indicata dalla norma, porterebbe ad una sovrapposizione tra responsabilità penale e responsabilità civile: la violazione degli obblighi del certificatore, indicati dall'art. 32 del Codice dell'Amministrazione Digitale, assume, infatti, uguale rilevanza *oggettiva* tanto nell'un settore quanto nell'altro. È la stessa struttura del delitto che impone di non prescindere, nella descrizione *del fatto*, dal dolo specifico.

Nell'art. 640-*quinquies* c.p. il legislatore richiede che un certo fine *soggettivo* sorregga una condotta *oggettiva*, la quale viene così ad essere considerata *strumentale* rispetto a quello. Quel che rileva, e che si sanziona, è l'uso di un certo strumento per ottenere un determinato fine: l'azione nel suo complesso va ricostruita avendo ben presente lo scopo per il quale il soggetto si vale di un certo mezzo.

4.2. La diffusione di programmi virus (art. 615-*quinquies* c.p.)

Un caso simile a quello che s'è pocanzi descritto riguarda l'art. 615-*quinquies* c.p. Prima della riforma attuata nel 2008, con la legge di ratifica della Convenzione di Budapest del 2001, la norma sanzionava chi "*diffonde, comunica o consegna un programma informatico da lui stesso o da altri redatto, avente per scopo o per effetto il danneggiamento di un sistema informatico o telematico, dei dati o dei programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti, ovvero l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del suo funzionamento*".

Successivamente, non è chiaro se con uno scopo preciso di anticipazione della tutela, il legislatore ha ritenuto che l'articolo abbisognasse di un qualche "ritocco". Il risultato non è dei migliori.

Il fatto tipico che ne è risultato consiste nel "procurarsi, produrre, riprodurre, importare, diffondere, comunicare, consegnare o, comunque, mettere a disposizione di altri" oggetti di uso quanto mai comune nella vita quotidiana, ovvero "*apparecchiature, dispositivi o programmi informatici*"[41].

La mancanza di un qualsiasi disvalore d'azione è dato quanto mai evidente. Il che è in contrasto con un diritto penale "del fatto" (art. 25, comma 2, Cost.) prima ancora che con un'impostazione costituzionalmente orientata della materia sanzionatoria. La sanzione penale (reclusione fino a due anni e multa fino ad € 10.329,00) consegue, infatti, ad una condotta (intesa quale fatto tipico) *ictu oculi* in tutto e per tutto lecita, qual è la "produzione, riproduzione, importazione, diffusione, comunicazione, consegna" di un qualsiasi *software*.

Com'è accaduto per l'art. 640-*quinquies* c.p., anche in questo caso l'intero disvalore del fatto tipico è "caricato" sull'elemento soggettivo, ovvero sul dolo specifico di "danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico, le informazioni, i dati o i programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti" ovvero di "favorire l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del funzionamento" dei predetti sistemi informatici o telematici. La sanzione penale "si regge", quindi, sull'elemento soggettivo del dolo specifico, il quale, peraltro, risulta particolarmente articolato nella sua formulazione.

Prima di tutto, vengono in rilievo due diverse finalità:

[40] *Amplius*, v. M. GROTTO, *Reati informatici e Convenzione Cybercrime*, cit., p. 151 ss.

[41] Per un primo commento, v. G. CORASANITI-G.C. LUCENTE, *Cybercrime, responsabilità degli enti, prova digitale*, Padova, 2009, p. 120 ss.

1. lo scopo di "danneggiamento illecito".

Il requisito di illiceità speciale è, forse, superfluo, considerando che la sistematica dei reati informatici non contempla un danneggiamento che possa dirsi "lecito". Tanto negli artt. 635-*bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* c.p., quanto negli artt. 392 e 615-*ter*, comma 2, n. 3, c.p. – dove, in termini diversi, si richiamano ora condotte espressive di una *vis* bruta, quali quelle di "distruzione, deterioramento, cancellazione, alterazione, soppressione" (art. 635-*bis* c.p.), ora condotte meno "invasive", quali quelle di "alterazione, modificazione, cancellazione" o di "impedito o turbato funzionamento" (art. 392 c.p.) – non si è sentita la necessità di precisare che il "danneggiamento" deve essere anche "illecito". Forse perché si è, giustamente, dato per scontato che la distruzione della *res* propria (con tale aggettivo intendendosi richiamare non solo il diritto di proprietà, ma anche la situazione di titolarità giuridica che importi un potere dispositivo sulla cosa), fin tanto che non reca danno o, quanto meno, pericolo alla collettività (v. art. 423, comma 2, c.p.), sia una legittima espressione del diritto di proprietà, sancito in Costituzione (art. 42, comma 2, Cost.) ed articolatamente disciplinato nel codice civile (artt. 832 e ss. c.c.). Né, d'altra parte, sarebbe congruo prevedere una sanzione penale per chi distrugge un *res* sì altrui, ma col diritto di farlo.

Nel caso dell'art. 615-*quinquies*, invece, non basta che chi produce, riproduce, diffonde, comunica, consegna o mette a disposizione programmi lo faccia con fine di danneggiamento, ma è necessario che egli agisca per un fine di danneggiamento "illecito". Come a dire che chi diffonde, ad esempio, un *virus* deve voler agire per danneggiare gli altrui sistemi informatici, ma deve anche rappresentarsi che quella sua finalità è illegittima;

2. lo scopo di "favorire l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico".

Francamente non comprendo perché si è scelto di punire chi agisce con lo scopo di "favorire l'interruzione" e, non semplicemente, chi agisce con lo scopo di "interrompere" il funzionamento del sistema informatico. L'impiego del verbo "favorire" fa pensare ad una situazione di "concorso di cause" (o "di persone"): si favorisce un processo già in atto o che, sebbene non *in fieri*, lo diverrà in ragione di altre cause. Con il che sembra quasi che il dolo specifico racchiuda in sé un dolo generico, visto che la "finalità di favorire" lascia presupporre che l'agente debba quanto meno rappresentarsi il processo di danneggiamento "favorito".

Ma non è tutto, perché così come accade per la condotta, anche il dolo specifico ha un suo "oggetto materiale":

1. un sistema informatico;
2. un sistema telematico;
3. informazioni, contenute o pertinenti un sistema informatico (o telematico);
4. dati, contenuti o pertinenti un sistema informatico (o telematico);
5. programmi, contenuti o pertinenti un sistema informatico (o telematico).

Così "sezionato", il dolo specifico di fattispecie risulta in tutta la sua complessità. E la situazione è ancor più delicata sol che si ponga mente al fatto che tutti questi elementi da un lato dovrebbero stare, almeno secondo l'impostazione teorica tradizionale, solo "nella testa di chi agisce", mentre, dall'altro, sono il solo *discrimen* tra il giuridicamente lecito ed il penalmente sanzionato.

4.3. Il tentativo di una lettura "correttiva": il ruolo tipizzante del dolo specifico

Il fatto che nell'ordinamento siano contemplate fattispecie quali l'art. 640-*quinquies* e l'art. 615-*quinquies* c.p. rende quanto mai opportuno il recupero di un'impostazione dogmatica che, così come oramai si ammette (più o meno) pacificamente per la colpa, valorizzi il carattere "doloso" del fatto già sul piano della tipicità.

Il reato a dolo specifico si caratterizza per il *rapporto di mezzo a fine* che lega la condotta *oggettivamente descritta* con un determinato scopo dell'agente, solo *soggettivamente espresso*. Nei reati a dolo specifico il legislatore richiede che un determinato *fine soggettivo* sorregga una *condotta oggettiva*, la quale viene dunque considerata strumentale rispetto al primo.

Il fine dell'azione non soltanto forma oggetto di rappresentazione da parte dell'agente, ma ha anche efficacia causale (sia pure non esclusiva) sull'azione esterna, configurandola come *esecutiva* di un'unica, globale volontà d'agire: porre in essere il comportamento strumentale oggettivamente descritto dalla norma deve costituire già la parziale realizzazione del fine, in quanto momento necessario al suo pieno verificarsi. "*Solo* se sussiste questa connessione condizionante con il contenuto finalistico determinato dalla legge, la stessa condotta o fatto-base "oggettivi" possono dirsi anche *tipici*" [42].

Se inteso quale specificazione del solo elemento soggettivo, il fine dell'agente si trova esposto al rischio di essere accertato dopo il fatto tipico e dopo il dolo generico. Al contrario, se riconosciuto quale elemento costitutivo della tipicità, l'accertamento del fine specifico implicherà la previa prova del nesso teleologico già nel momento dell'accertamento della condotta, attraverso la presenza di dati che, ulteriori rispetto al comportamento materiale (tipizzato), ne dimostrino la caratteristica strumentalità, necessaria ad integrare il fatto tipico. E tale accertamento dovrà, logicamente, precedere quello dei presupposti d'imputazione soggettiva del fatto all'agente.

Nei reati a dolo specifico, il legislatore intende quindi dare espresso rilievo normativo all'interesse dell'agente per la cui soddisfazione sarebbe oggettivamente necessario il realizzarsi del risultato o l'esplicarsi delle attività ulteriori, indicati dalla fattispecie come contenuto del fine tipico.

La strumentalità del comportamento alla soddisfazione del predetto interesse di parte, perseguito dall'agente, costituisce un dato sintomatico del contenuto *oggettivamente lesivo* che il fatto ha rispetto al bene giuridico tutelato. In altri termini, nel fatto di reato viene tipizzato uno specifico "conflitto intersoggettivo di interessi": da un lato quello che anima l'agente; dall'altro quello dell'ordinamento alla protezione del bene giuridico. Ed è proprio per perseguire il proprio interesse che l'agente lede, *strumentalmente*, l'interesse della vittima: sinteticamente, offende il bene giuridico [43]. Quanto al fatto che – come noto – per aversi reato non è necessario che il reo realizzi compiutamente il fine che lo spinge all'azione, esso è conseguenza naturale della circostanza che non solo il *raggiungimento materiale*, ma anche il mero *perseguimento* di un certo interesse di parte, mediante una determinata azione esterna, può realizzare *oggettivamente* lo specifico conflitto intersoggettivo di interessi rilevante per il diritto penale. In tale prospettiva è quanto mai evidente come lo scopo perseguito dall'agente non possa ridursi a dato meramente interiore, dovendo al contrario la proiezione finalistica riflettersi anche all'esterno, quale dato reale ed oggettivamente apprezzabile. Breve: l'interesse di

[42] L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, p. 502. L'intera opera dell'A. è dedicata ad argomentare l'impostazione anche qui proposta e già suggerita anche in M. GROTTO, *op. cit*., p. 155 ss.

[43] L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 508.

parte deve sussistere *oggettivamente* per poter entrare *realmente* in conflitto con il bene o interesse tutelato, anche se poi la consumazione del reato prescinde dalla materiale, effettiva *realizzazione* del risultato finale.

Il fine specifico, proprio perché esprime la direzione finalistica che viene impressa al comportamento dell'agente, "non può confondersi con il dolo in genere, ma ne puntualizza, piuttosto, l'*oggetto*".