

IL CASO *GOOGLE* (E NON SOLO), IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI E I CONTROVERSI REQUISITI DI RILEVANZA PENALE DEL FATTO

The “Google Case” and Personal Data Processing: a Questionable Issue for Criminal

Lo scopo dell'articolo è fare luce sulla giurisprudenza penale italiana relativa alla protezione dei dati personali, a più di dieci anni dall'introduzione del codice della privacy (d.lg. n. 196/2003). infatti l'analisi di casi famosi può essere utile a scoprire le ragioni sottostanti alle decisioni dei giudici, che non sempre sembrano coerenti con i principi originari del codice della privacy.

In effetti, i giudici italiani tentano di stabilire un difficile equilibrio tra la protezione della privacy e la libertà su internet, sulla base di una interpretazione sistematica tesa a valorizzare l'effettiva responsabilità del reo.

The aim of the article is to shed some light on Italian criminal case law about personal data protection, more than ten years after the enforcement of Italian Privacy Act (d.lg. 196/2003). In fact, the analysis of famous cases may be useful to uncover the underlying reasons of judges' decisions, that do not always seem to be consistent with Privacy Act original principles. Indeed, Italian judges try to set a challenging balance between privacy protection and freedom on the Internet, on the basis of a systematic interpretation aimed at emphasizing effective offender's blameworthiness.

di Pasquale Troncone Ricercatore in diritto penale - Università di Napoli

Sommario 1. Premessa. — 2. Il caso Google e la soluzione della Corte: la non punibilità discende dalla mancanza dei requisiti funzionali dei soggetti attivi. — 3. Il possibile vulnus inferto alla “prigione normativa” della privacy. — 4. L'opera di adattamento del diritto vivente e il persistente cono d'ombra dei requisiti di tipicità del delitto di cui all'art. 167 C.d.p. — 5. Un reato della post-modernità dove rischio e pericolo sono caratteri sintomatici dell'attività di trattamento di dati. — 6. Il concetto di nocumento tra le fumose sponde dell'offesa e del danno. Una nuova dimensione della condizione



| Π.2060 cassazione penale – n. 06 – 2014

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 | **450.3** obiettiva di punibilità. — **7.** Verso una desolante strumentalità della normativa a tutela del tratta-

mento di dati.

1. PREMESSA

La suprema Corte con la sentenza n. 5107/2013 della terza sezione penale, nel confermare l'assoluzione dei rappresentanti legali di *Google Italy S.r.l.*, sembra mettere un punto fermo sulla controversa questione inerente alla eventuale responsabilità penale del soggetto-utente o *internet provider* che intraprende il trattamento di dati personali senza il necessario consenso dell'interessato; senza trascurare che, in alcuni passaggi iniziali della motivazione, offre un interessante e utile contributo per l'esegesi e la classificazione sistematica del delitto di trattamento illecito dei dati personali e, più in generale, di tutto il vasto quadro legislativo che regola i comportamenti del mondo del *web*.

L'occasione è propizia per esaminare anche altri aspetti e i profili controversi che volta per volta si sono posti all'attenzione del giudice penale in questa materia, la cui elaborata funzionalità deriva anche dai congegni contemplati del codice del trattamento dei dati personali (C.d.p.) di rinvio recettizio ad altre numerose norme e di diverso rango e promanante da diverse autorità.

Dalla decisione in esame, infatti, sembra emergere con estrema chiarezza l'esigenza di salvaguardare il principio della libertà di espressione all'interno della rete, in ragione della sua natura di "luogo virtuale" dove ciascun utente può esprimere la sua personalità e le sue proiezioni relazionali. Naturalmente per cogliere e tutelare adeguatamente questo nuovo diritto di libertà è necessario che non vi siano preliminari controlli, preventive censure, arbitrari vagli e veti delle informazioni messe in rete. La libertà di comportamento degli spazi offerti da *internet* è certamente fondata sul principio di autoresponsabilità o di corresponsabilità, per cui l'attività di prevenzione da condotte dannose o illecite dovrebbe essere esercitata dagli stessi utenti ⁽¹⁾. Del resto questa impostazione normativa, ma anche di tipo culturale, è corroborata dal contenuto degli artt. 11 e 12 del codice che declinano in varie forme la correttezza e la cautela nel trattamento di dati.

2. IL CASO GOOGLE E LA SOLUZIONE DELLA CORTE: LA NON

PUNIBILITÀ DISCENDE DALLA MANCANZA DEI REQUISITI FUNZIONALI DEI SOGGETTI ATTIVI

Il primo caso oggetto della riflessione giurisprudenziale è quello concernente la pretesa responsabilità penale dei legali rappresentanti di *Google Italy S.r.l.* chiamati a rispondere di un filmato messo in rete sulla piattaforma di “youtube” che mostrava un minore disabile dileggiato dai suoi compagni di classe e da questi stessi ripreso e postato. Quel video ebbe a registrare numerosissimi accessi e soltanto con l’intervento della polizia postale venne tempestivamente rimosso dagli operatori di *Google Italy S.r.l.* che successivamente furono chiamati a rispondere del delitto di diffamazione aggravata e del delitto di cui all’art. 167 del d.lg. n. 196/2003 di trattamento illecito di dati personali.

Dopo un primo verdetto di condanna per il solo reato di trattamento illecito di dati emesso dal Giudice monocratico del Tribunale di Milano, la corte di appello ribaltò il giudizio assolvendo i responsabili di *Google Italy S.r.l.* dai delitti loro rispettivamente ascritti e, proposto

(1) RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Editori Laterza, 2014, p. 61 ss.

—
—
—
cassazione penale – n. 06 – 2014

P.2061 |

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

ricorso per cassazione dalla Procura generale di Milano, la suprema Corte ha definitivamente confermato l’assoluzione determinando un interessante arresto giurisprudenziale nella materia (2).

La sentenza in commento tuttavia non si sottrae a qualche breve riflessione e a qualche pertinente rilievo sulla effettività della disciplina messa in campo dal legislatore italiano su determinazione di diverse direttive europee. Ma soprattutto l’interesse per la decisione del giudice di legittimità è offerto da una ricognizione delle fonti che non riguarda la sola materia della *privacy* ma anche corpi normativi collaterali posti a regolare diverse materie e a tutelare diversi interessi giuridici.

Ebbene la Corte di cassazione per la prima volta coglie l’occasione per approfondire il tema e gli effetti di norme che interferiscono tra loro al punto da concludere che il trattamento di dati personali non può prescindere da una serie di norme gerarchicamente rilevanti e concorrenti che finiscono per determinare effetti diversi da quelli che la sola normativa della *privacy* può favorire sul piano applicativo. In definitiva, se sul piano teorico il d.lg. n. 196/2003 sembra cogliere per intero e in maniera esclusiva l’area di tutela e dunque la regola giuridica cui riferire, sul piano applicativo intervengono invece norme di settori legislativi diversi che impongono discipline tali da giungere a esiti risolutivi differenti.

La motivazione della Cassazione parte dall' assunto di tipo sistematico che alla disciplina dei dati personali «si affianca quella contenuta nel d.lg. 9 aprile 2003, n. 70 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico)».

Altra peculiare precisazione di rilievo è che le questioni relative al diritto alla riservatezza di cui alla l. 31 dicembre 1996, n. 675 (espressamente abrogata dal d.lg. n. 196/2003 entrato però in vigore il 1° gennaio 2004) non rientrano nel campo di applicazione del decreto sul commercio elettronico. Questa precisazione è particolarmente importante sul piano del rispetto dei principi generali della materia penale, poiché stabilisce *prima facie* l'insussistenza d'interferenza tra norme o di concorso apparente di norme o materiale di reati tra i due testi legislativi e, dunque, anche l'inesistenza di una norma prevalente, essendo le due materie regolate entrambe da norme primarie e rivolte a interessi giuridici diversi. Ma subito dopo aver precisato i differenti ambiti applicativi, la sentenza puntualizza che «il prestatore (provider) non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio». Tali affermazioni sono del resto confermate da iniziative normative intervenute a livello europeo e anche dalla vasta giurisprudenza italiana formatasi in materia di diffamazione a mezzo *Internet* ⁽³⁾.

Orbene, la questione posta alla base della controversa lettura del fatto storico fornite prima dal tribunale e poi dalla corte di appello è costituita proprio e soltanto dalla qualifica soggettiva, e dalla connessa eventuale responsabilità, che assume chi gestisce le informazioni in rete. A tal proposito la sentenza in commento orienta la sua indagine sulla individuazione

⁽²⁾ Non si può non riconoscere che anche le ragioni addotte a sostegno del ricorso della Procura generale presso la Corte di appello di Milano sono di particolare pregio giuridico e mettono in luce la effettiva problematicità della materia e la complessità del reticolo normativo che occorre ricostruire per individuare il precetto penale cui ancorare la responsabilità personale.

⁽³⁾ Un primo decisivo intervento nella materia è di MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 151.

—

—

—

| II.2062

cassazione penale – n. 06 – 2014

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

del soggetto agente del delitto di cui all' art. 167 del d.lg. n. 196/2003 in base al parametro oggettivo-funzionale dell' effettivo potere decisionale circa la gestione dei dati.

In effetti, la suprema Corte pone alla base dell' ipotesi di responsabilità personale un

presupposto di carattere generale contenuto alla lett. f) dell'art. 4 c.d.p., laddove viene individuata la categoria del "titolare" nella: «persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza; di indirizzo delle finalità e delle modalità di trattamento dei dati». In questo modo, se non si accerta un concreto potere di governo sul trattamento dei dati posti in rete, il soggetto che solo materialmente gestisce il fluire delle informazioni elettroniche non può essere chiamato a rispondere del contenuto delle stesse. Afferma a questo punto il giudice della legittimità che mentre la definizione di "trattamento dei dati" stabilita tassativamente all'art. 4 del codice della *privacy* è puntuale, esaustiva e comprensiva di tutte le possibili operazioni da compiere, non è altrettanto omnicomprensiva la definizione normativa della categoria di "titolare del trattamento". Ed infatti, la qualifica soggettiva di rilievo penale trarrebbe fondamento, non dalla qualificazione legale fornita dalla legge di settore, ma dal potere decisionale che la stessa legge attribuirebbe di finalizzare il trattamento, stabilendone le modalità operative e individuando gli strumenti utilizzabili. Quindi, non assunzione di qualifica formale a prescindere dall'attività compiuta, quanto piuttosto attribuzione "funzionale" della qualificazione soggettiva in base all'effettiva condotta tenuta alla luce di un potere di trattamento riconosciuto dalla legge.

Ebbene, il *provider* o l'*hosting provider* non può rientrare nella categoria formale del "titolare" poiché, secondo la disciplina del commercio elettronico, egli non dispone di alcun potere di gestione del trattamento dei dati in rete, ma è titolare soltanto di un potere di successiva inibizione del loro utilizzo. In questo modo la sua eventuale responsabilità penale per un trattamento illecito dei dati opererebbe soltanto quando non avesse osservato l'obbligo di rimuovere informazioni lesive di diritti dei terzi opportunamente segnalate.

L'indicazione esegetica suggerita consiste nel fatto che non ogni soggetto che tratta dati personali può essere qualificato come "titolare" ma soltanto colui che ha un effettivo e concreto potere di governo sulla gestione delle informazioni e soprattutto sul contenuto delle stesse, rimanendo in capo all'utente destinatario del servizio il potere di controllo sulle informazioni che egli stesso carica sulla piattaforma di *Google* e di quelle che forniscono i medesimi servizi in rete, assumendo per la condotta tenuta la responsabilità di un trattamento illecito di dati personali se svolto in violazione degli adempimenti che la legge impone. A ben vedere non sempre vi è un trasferimento dei poteri in virtù di una formale delega, potendo negli altri casi semplicemente gestire il flusso informativo senza dover ingerenza sui contenuti. La Corte di cassazione, infatti, a questo proposito ritiene che, seppure la legislazione in materia di commercio elettronico non sarebbe chiamata a incidere direttamente sul contesto legislativo che regola il trattamento dei dati personali, indirettamente la disciplina dell'art. 4 del d.lg. n. 196/2003 trova la sua chiave esegetica, senza alcun rinvio recettizio espresso, proprio in quella normativa apparentemente estranea e invece decisamente rilevante.

La ricostruzione interpretativa e sistematica che offre la suprema Corte nel caso in esame si presenta però foriera di nuove possibili implicazioni che non mancheranno di sottoporre anche altre disposizioni del codice della *privacy* a un'intensa rilettura sistematica. Anche se tuttavia

non si può escludere che talvolta una radicale rilettura del quadro legislativo, soprat-

|
cassazione penale – n. 06 – 2014 P.2063 |

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

|
tutto nel caso del codice del trattamento di dati che vive di molteplici interconnessioni normative, rende concreto il rischio di depotenziarne la auspicata effettività, proprio per il proposito di volere intravedere un orizzonte applicativo che appare estraneo a quello di esclusivo riferimento del trattamento di dati.

La riflessione va, nel controverso caso che ci occupa, oltre la fattispecie concreta e investe direttamente le coordinate dommatiche della materia penale, in particolare la necessità di non creare norme simboliche, di legare l'intervento legislativo a propositi di *extrema ratio*, ma anche di verificare il carattere di precisione dei precetti penali in modo da garantirne una corretta e agevole applicazione in sede processuale, evitando conflitti e interferenze con altre norme e discipline.

3. IL POSSIBILE *VULNUS* INFERTO ALLA “PRIGIONE NORMATIVA”

DELLA *PRIVACY* Il delitto di trattamento illecito di dati rappresenta uno di quei modelli di fattispecie incriminatrice che offrono oggi maggiori spunti di riflessione sul diritto penale contemporaneo e sugli itinerari che esso sembra destinato a percorrere nell'immediato futuro (4).

La legge sulla *privacy* già nel suo impianto concettuale reca con sé un nodo insoluto per il significato normativo che assume la riservatezza nel nostro ordinamento giuridico. Fin dall'entrata in vigore della prima legge di settore n. 675/1996, fortemente voluta dalla spinta sovranazionale delle direttive europee, il giurista è stato posto di fronte all'interrogativo sul significato dell'interesse giuridico di riferimento che questa disciplina così complessa era chiamato a tutelare (5). Un giurista che voglia svolgere il suo compito di conoscenza e di controllo critico sulla legislazione di settore, deve, prima di ogni altra cosa, porsi il problema della chiarezza del bene da salvaguardare con la sanzione penale e degli scopi di tutela che, in concreto, quella legge intende assolvere (6).

Se il percorso concettuale poteva apparire chiaro per le istituzioni legislative europee, altrettanto non accadeva per il sistema penale italiano, opportunamente e significativamente condizionato dai canoni di legalità che la Costituzione repubblicana ha consolidato e progressivamente affinato nel lungo percorso dell'arricchimento del sistema di valori dell'ordinamento nazionale moderno.

Contrariamente a quanto si possa pensare il nodo concettuale della *privacy* non è rappresentato dagli aspetti tecnici delle norme penali che fanno da chiusura al provvedimento legislativo in vigore d.lg. n. 196/2003, ma prima ancora dal vero bene giuridico cui il testo

unico intende apprestare la sua tutela.

Il Codice sul trattamento dei dati personali si pone come “cosa altra” rispetto alle istanze di valore che la dottrina e la giurisprudenza avevano enucleato nell’ambito della tutela della

(4) Il richiamo è a settori legislativi in cui il dato del rischio naturale diventa requisito di punibilità, si pensi anche a materie che ancora attendono una compiuta regolamentazione, come gli infortuni sul lavoro, il complesso settore dei beni ambientali, l’ambito sanitario e della salute.

(5) Tra i primi a segnalare la problematicità del caso SGUBBI, *Profili penalistici (della l.675/96)*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 758.

(6) PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, 2009. Da ultimo DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it.

—
—
—

| II.2064

cassazione penale – n. 06 – 2014

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

persona umana ed alle esigenze di adeguata protezione della riservatezza personale. La normativa sul trattamento dei dati, difatti, rappresenta una risposta parziale a tali indicazioni, sostanziandosi nella esclusiva tutela di un procedimento di utilizzazione dei dati personali consistenti negli elementi identificativi e caratterizzanti di una persona, senza alcun riferimento ad accadimenti storici o circostanze individuali in cui la persona si trova coinvolta. Soltanto dati e non riservatezza sulla vita intima e privata.

Questa è la ragione per cui la disciplina in questione viene erroneamente designata della *privacy* e ancora di più risulta essere distante dal concetto faticosamente elaborato di riservatezza personale. Si tratta semplicemente di un “dato” informativo che è definito in questo modo esclusivamente per i caratteri che l’art. 4 del codice per il trattamento stabilisce e che può subire forme di “trattamento” analiticamente determinate dallo stesso art. 4, ma che nulla condivide con il divieto di diffusione di informazioni sulle circostanze di vita di una persona, sulle sue abitudini e sul disvelamento delle sue frequentazioni e del suo privato.

In realtà il disegno originario tracciato dal legislatore di elaborare un sistema normativo chiuso trova un suo limite nel livello delle garanzie individuali. Se la giurisprudenza in questo caso non avesse introdotto un correttivo di tipo sistematico, facendo ricorso alle norme del codice del commercio elettronico, e non avesse ritenuto necessario ipotizzare la responsabilità penale

del *provider* solo se risulta investito di una effettiva funzione di controllo, sarebbe stato punito a titolo di responsabilità oggettiva.

Il problema di fondo è proprio rappresentato dal valore che il legislatore ha inteso attribuire alla complessa previsione dell'art. 4 che nella sostanza intendeva svolgere un ruolo di esaustiva regolamentazione, nelle originarie intenzioni, priva di lacune operative e qualificative, oltre la quale la legge non si sarebbe applicata.

A fare da cornice a tali significati intervengono i requisiti di validità a segnare il percorso di un corretto procedimento di trattamento, requisiti che possono essere stabiliti direttamente dalla legge senza il coinvolgimento personale del soggetto interessato o quando viene previsto che questi autorizzi l'utilizzazione dei suoi dati identificativi.

Tuttavia il consolidato assetto dei principi generali della materia penale e dei criteri di legalità di governo nell'applicazione della norma incriminatrice è fortemente condizionato dal bene giuridico tutelato. È lo stesso bene giuridico, la sua natura, la sua struttura, la sua caratura sociale, che guida la corretta applicazione dei principi generali della materia che proprio dal principio di offensività traggono utile guida per la sussunzione sotto il governo della fattispecie astratta. Si pensi al bene che può essere solo distrutto e non può dar luogo a un reato di tipo permanente; oppure fatti concreti che appaiono rientrare nella previsione incriminatrice ma che mostrano un interesse da tutelare diverso da quello che la legge tassativamente esige; oppure, ancora, quando il profilo del danno al bene non è l'evento del reato ma semplicemente una condizione di punibilità che indica un generico nocumento.

La norma incriminatrice dell'art. 167 del d.lg. n. 196/2003 è esattamente incastonata in un reticolo normativo che, nel renderla diversa da come appare a una prima sommaria lettura, mette in evidenza tutti i numerosi profili di controversa applicazione. Si tratta di una "norma laboratorio" che porta con sé le problematiche dei più indicativi nodi teorici del diritto penale ma che il legislatore non ha munito di quei dispositivi per risolvere le ipotesi applicative controverse.

La sentenza della suprema Corte in commento produce un primo *vulnus* proprio all'originaria intenzione del legislatore che, ad esempio, per i poteri di trattamento aveva, con lo stesso

|
cassazione penale – n. 06 – 2014 P.2065 |

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

|
art. 4, stabilito una traslazione dei compiti di trattamento e dei relativi poteri di gestione ad altri soggetti, si pensi al responsabile, senza mai far venire meno la responsabilità con la delega delle funzioni. La Corte di cassazione invece accerta in concreto che non può essere trasferito il potere di gestione dei dati a particolari soggetti e individua una lacuna normativa che fa scattare l'operatività di un'altra disposizione estranea però al tessuto legislativo originario.

In realtà il commercio elettronico, pur indirizzando la propria disciplina ad altra finalità e ad altro assetto normativo – non a caso la stessa legge prevede un’esplicita esclusione oggettiva di applicazione alla materia della riservatezza o *privacy* –, è comunque chiamata a rispondere alle esigenze sistematiche dell’ordinamento penale. In definitiva due sistemi legislativi, dichiarati formalmente “chiusi” devono dialogare nel rispetto dei principi sovrani della legalità costituzionale e delle garanzie fondamentali della persona che si declinano in questo caso in chiave di colpevolezza del fatto e di meritevolezza della pena.

Vicende come quelle esaminate dalla suprema Corte non restano tuttavia senza tutela, poiché possono certamente intervenire ipotesi di responsabilità amministrativa e civile diverse da quella penale.

4. L’OPERA DI ADATTAMENTO DEL DIRITTO VIVENTE E IL PERSISTENTE CONO D’OMBRA DEI REQUISITI DI TIPICITÀ DEL DELITTO DELL’ART. 167 C.D.P. Alla luce di quanto finora esposto può essere ritenuto un dato acquisito che soltanto il “diritto vivente” potrà fornire la giusta chiave di lettura di una disposizione penale che per molti versi appare ancora carica di aspetti oscuri e i cui elementi costitutivi del precetto esigono una particolare puntualizzazione.

La giurisprudenza che si sta lentamente consolidando sul delitto di trattamento illecito di dati si sforza di offrire progressivamente chiarezza applicativa, anche se non mancano interventi che, ritornando su alcuni punti controversi, si pongono in posizione perplessa rispetto a precedenti statuizioni ⁽⁷⁾. Per altro verso sembra quasi che l’introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice possa offrire nuovi significati a principi e regole della materia penale, talvolta sovvertendo consolidate elaborazioni teoriche.

È il caso anche di un’altra decisione della suprema Corte, la n. 23798/2012, che, nell’esaminare una vicenda di illecita utilizzazione di informazioni personali contenuta in una banca dati – attraverso l’invio di *newsletter* senza informare gli iscritti della cessazione della lista e senza richiederne un nuovo preventivo consenso – il cui gestore aveva cessato l’attività di trattamento, ritorna su due profili particolarmente problematici della fattispecie incriminatrice dell’art. 167 c.d.p. ⁽⁸⁾. Si tratta, in primo luogo, della natura del reato e poi delle vicende degli effetti della condizione obiettiva di punibilità posta come condizione di efficacia all’operatività di quella norma penale.

In primo luogo l’oggetto concreto è quello dei dati personali di tipo comune, il cui trattamento, diversamente dai dati sensibili, esige soltanto il preventivo consenso dell’interessato e non anche la notifica all’autorità garante.

La prima questione che pone la sentenza è la categoria di reato cui appartiene il delitto di illecito trattamento di dati in esame, se appartenga a quella dei reati di danno o di pericolo, e se

—
—
—

| II.2066

cassazione penale – n. 06 – 2014

(7) (8)

Sez. III, 9 luglio 2004 n. 30134, in *questa rivista*, 2005, p. 2540. Sez. III, 15 giugno 2012 n. 23798, in *www.cassazione.it*.

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

di pericolo con quali particolari caratteristiche è connotato dalla norma il danno potenziale che minaccia l'integrità del bene. Anche questo aspetto, così come si vedrà per la configurazione precisa della condizione obiettiva di punibilità, coinvolge necessariamente il principio di offensività e con esso la individuazione – come prima si diceva – dell'interesse giuridico tutelato dalla fattispecie.

La Corte di cassazione afferma a tale proposito che ci si trova «al cospetto di un reato di pericolo effettivo e non meramente presunto» qualificando in questo modo tale categoria di illecito in assimilazione con quella individuata per il delitto di rivelazione ed utilizzazione di segreto d'ufficio come statuito dalle Sezioni unite con la sentenza n. 4694 del 27 ottobre 2011⁽⁹⁾. Ed infatti la suprema Corte nel ricercare le ragioni per cui il soggetto non è punibile nel caso in cui sia imputato dell'art. 326 c.p., ne individua i casi sulla base delle informazioni che, pur destinate a rimanere segrete, sono state invece rivelate a soggetti terzi prima ancora che l'imputato avesse in concreto posto in essere la condotta. In questo modo, continua la Corte di cassazione, manca l'offensività del fatto, poiché il reato è da ritenere non di pericolo presunto ma effettivo, vale a dire la condotta illecita deve essere «susceptibile di produrre nocimento» per l'interesse protetto.

Non può non rilevarsi che il tenore meramente formale della motivazione, laddove individua una categoria estranea a quelle che la teoria del reato ha ipotizzato, vale a dire il reato di “pericolo effettivo”, presenta qualche tratto di oggettiva perplessità. Se tuttavia si procede a una lettura sostanziale delle affermazioni di diritto ne risulta che la suprema Corte ribadisce in realtà l'affermazione di una categoria di illecito già nota, quella del pericolo concreto, traendola per antitesi al pericolo presunto. Anche questo passaggio desta qualche perplessità definitoria, poiché l'antitesi nota alla dottrina e alla giurisprudenza è tra pericolo concreto e pericolo astratto, quando occorra la prova del potenziale danno al bene o quando da tale prova il giudice è esentato perché in questo modo conformato direttamente dalla legge⁽¹⁰⁾.

Cosa diversa è il pericolo presunto che afferma il suo carattere per la sua insita e naturale caratteristica pericolosa della condotta vietata dalla norma, dove la stessa previsione incriminatrice trae la sua origine da una situazione che è pregiudizievole in quanto tale e non perché qualificata in tal modo dal legislatore.

Naturalmente, al di là delle scelte politico-criminali di sottoposizione a pena in questi casi,

conta decisamente il terreno probatorio per verificare il livello e le modalità pericolose assunte dalla condotta e quale tipo di incidenza o di interferenza offensiva hanno prodotto sul bene giuridico.

A ben vedere il reato di cui all'art. 167 c.d.p. sconta un'ulteriore tara, oltre ai controversi aspetti interpretativi, quella che riguarda il principio di "precisione", poiché non appare semplice la verifica della fattispecie concreta rispetto al fatto astrattamente previsto né agevole il percorso di sussunzione alla presenza di elementi di tipicità così complessi.

Non vi è alcun dubbio che la fattispecie incriminatrice al nostro esame pecca di un grado particolarmente elevato d'imprecisione tecnica, da intendere come ostinata reattività a un compiuto controllo dibattimentale, che non può essere attribuito soltanto al "disordine elabo-

⁽⁹⁾ Pubblicata per esteso in *www.penalecontemporaneo.it*.⁽¹⁰⁾ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2007, p. 202 ss.

|
—
—
—
—
cassazione penale – n. 06 – 2014 P.2067 |

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

rativo" del legislatore ⁽¹¹⁾, quanto al fatto che la norma proviene da un assetto di principi nel cui alveo il concetto di riservatezza personale è declinato in maniera diversa da come lo si intende nella letteratura giuridica italiana. A questo dato di perplessità intrinseco si aggiunge che la norma è dotata di una serie di meccanismi applicativi che hanno uno spirito pan-penalistico, dove qualsiasi disposizione o provvedimento richiamato nel precetto rischia di diventare esso stesso precetto penale. Si tratta, infatti, di una norma che nella sua generica previsione rinvia a una pluralità e a una diversa molteplicità di fonti normative, soprattutto di rango inferiore a quelle primarie, con tutti i problemi in termini di colpevolezza dell'agente che tale scelta tecnica finisce per generare.

Appare dunque evidente che quando l'oscurità della norma comporta al tempo stesso la distorsione di categorie concettuali stratificate e una varietà di ambiguità applicative, non solo il problema si pone in termini di tassatività della descrizione del precetto vietato ma anche di imprecisione normativa e di stretta legalità sostanziale. Né ad aiutare l'opera dell'interprete contribuisce il bene giuridico, da ritenere comunque una chiave di comprensione dell'illecito penale, perché, come in questo nuovo caso in esame, l'ambiguità del testo legislativo ruota soprattutto intorno all'ambiguità e alla polisemia dell'oggetto della tutela.

Purtroppo gli interventi giurisprudenziali che progressivamente passano in rassegna le ipotesi di violazione penale del trattamento dei dati, seppure ancora non particolarmente numerosi, finiscono per evidenziare quell'incertezza di inquadramento concettuale dei singoli requisiti

costitutivi del fatto di reato, più volte preconizzato in sede dottrinale.

5. UN REATO DELLA POST-MODERNITÀ DOVE RISCHIO E PERICOLO SONO CARATTERI SINTOMATICI DELL'ATTIVITÀ DI TRATTAMENTO DI DATI

La materia del trattamento dei dati personali e tutto ciò che, secondo una definizione impropria ma efficace, viene ricondotto nel quadro della *privacy* personale è destinata a far parte di quelle categorie giuridiche con cui il legislatore penale contemporaneo sarà chiamato a misurarsi sempre più frequentemente nei prossimi anni.

Si tratta di fatti connaturati da un incerto inquadramento concettuale e dove il diritto penale incrementa l'area grigia della punizione anticipando la sua azione di tutela. Orbene, se da un lato l'intervento è caratterizzato dalla tutela di una funzione o di un procedimento, e quello del trattamento dei dati è una sicura ipotesi di procedimento tipicizzato, d'altro lato esiste sullo sfondo dell'intervento legislativo un bene giuridico particolarmente importante da tutelare – la persona –, per cui questo tipo di legislazione viene dotato di una capacità operativa che anticipa di molto l'effettiva lesione del bene.

L'attività di trattamento dei dati è qualificata dallo stesso legislatore del d.lg. n. 196/2003 come “rischiosa” e tale classificazione è normativamente consacrata nell'art 17 del c.d.p. “Trattamento che presenta rischi specifici” «1. Il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti».

⁽¹¹⁾ Il riferimento è alla ricca e puntuale elaborazione sul tema proposta da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, p. 152 ss.

—
—
—

| II.2068

cassazione penale – n. 06 – 2014

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

La letteratura giuridica in materia ha messo a fuoco che la categoria del rischio è fondata sul “principio di precauzione” che non ha mai assunto i contorni di una specifica categoria giuridica e che soltanto empiricamente è stata ricondotta per semplice assimilazione concettuale alla categoria dei reati di pericolo astratto (presunto) ⁽¹²⁾.

Tuttavia lo stesso codice per il trattamento dei dati, in maniera del tutto apodittica, pone sullo stesso piano legislativo il rischio e il pericolo come una sorta di equazione giuridica (ma

equazione non è), attraverso l'espresso rinvio all'art. 2050 c.c.: «Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose»: «Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno».

Il richiamo tassativo alla disposizione del codice civile, invocata a qualificare l'intera vicenda normativa, evoca in effetti la presenza contemporanea di due concetti ancora non pienamente a fuoco al legislatore codicistico del 1942, quelli appunto, di rischio e di pericolo. Senza tenere conto del fatto che il primo appartiene alle categorie della sociologia, mentre il secondo a quella del diritto, con la differenza che sul piano naturalistico i due concetti sembrano confondersi in una sovrapposizione logica, trascurando che gli omologhi effetti sono prodotti da due diverse fonti generatrici e da due distinte situazioni di fatto.

Volendo invece aprire l'indagine sulla natura giuridica che rende rilevante il concetto di pericolo, risulta che mentre il concetto e la situazione connotata da rischio sono assolutamente indifferenti al diritto penale – poiché nessuna norma penale conferisce rilevanza autonoma e riconosce come tassativamente sanciti i profili di una situazione di rischio –, il pericolo è una delle componenti formalizzate del principio di necessaria offensività.

Pertanto, il possibile intervento penale può mirare soltanto a punire la creazione di situazioni di pericolo e ancora quelle vicende che si innestano su una preesistente e latente condizione di rischio.

In realtà, crediamo che il legislatore in maniera impropria abbia, seppure indirettamente, inteso rinviare alla categoria di matrice sociologica del rischio. Poiché seppure alla presenza di un principio di precauzione di carattere generico che occorre considerare, la categoria giuridica che assume una sicura connotazione concreta è quella del pericolo e, dunque, di quella tipica condizione di carattere generale che appartiene alla complicata attività di trattamento dei dati personali.

Al penalista è molto più familiare la categoria del pericolo, non solo perché possiede rilevanza normativa autonoma e viene certificata dal principio di colpevolezza per un fatto illecito compiuto tenendo una condotta cosciente e volontaria, ma perché la categoria del rischio appartiene a quella condizione ambientale di incertezza scientifica che è fuori dalla portata dell'agente. Per cui l'unica ipotesi di rischio punibile potrebbe essere quella che vede la condotta dell'agente che si approfitta e strumentalizza la situazione di rischio minacciando l'integrità del bene giuridico protetto ossia ponendo in essere una condotta cosciente e volontaria che, violando il generale principio di precauzione, determina un pericolo tale da conferire rilevanza giuridica alla norma che punisce quel fatto illecito. In questo modo, se il rischio deriva dall'incertezza scientifica di taluni ambiti, la violazione del principio di precauzione, vale a dire la condotta incauta tenuta con la ragionevole previsione di porre in pericolo l'interesse che la norma penale tutela, genera il criterio di imputazione che dà fondamento alla

(12) PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2012.

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

responsabilità penale per la previsione normativa che qualifica quella responsabilità penale del fatto.

Ricostruito in questo modo, il fatto punibile assume la natura di reato di pericolo presunto, quasi che la presunzione *iuris et de jure* del pericolo diventa insita in quella situazione di incertezza che fa da ambiente alla situazione di generico rischio, sempre naturalmente rivolta alla specifica norma penale e legata al principio di legalità sostanziale.

Nel caso del trattamento dei dati rileva un elemento di sicura originalità ossia che il rischio e il pericolo sono direttamente connessi a un procedimento legalizzato, le cui componenti e i cui adempimenti sono dalla stessa legislazione, art. 4 c.d.p., opportunamente definiti. Tuttavia il rischio di natura tecnologico rimane legato alle modalità di concretizzazione degli atti procedurali, alle attrezzature tecnologiche e informatiche che sono indispensabili per procedere al trattamento, al rischio ambientale della transnazionalità della diffusione e della trasmissione dei dati personali. Basta tenere presente quale rischio rappresenta l'introduzione in rete di dati, con o senza il necessario consenso, e quali e quanti limiti tecnici si pongono per eliminarli o per vanificarli nell'oblio.

La ricognizione della giurisprudenza sul delitto di trattamento illecito, proprio alla luce del caso *Google* di cui sopra si è trattato, nel momento in cui impone la verifica degli effettivi poteri di trattamento e impeditivi da parte del titolare, pone in una diversa ottica la struttura del reato, più aderente allo statuto costituzionale. L'accertamento, infatti, spinge a superare lo schema teorico del pericolo astratto o addirittura presunto, aprendo la norma verso un modello di reato connotato dal pericolo concreto, molto più sensibile al tema della responsabilità penale colpevole e alla meritevolezza della pena.

6. IL CONCETTO DI NOCUMENTO TRA LE FUMOSE SPONDE DELL'OFFESA E DEL DANNO. UNA NUOVA DIMENSIONE DELLA CONDIZIONE OBIETTIVA DI PUNIBILITÀ

La vicenda normativa del nocumento determinata dalla modifica legislativa del 2003 rappresenta senza alcun dubbio il momento di maggiore difficoltà interpretativa della disposizione incriminatrice dell'art. 167 c.d.p. e il caso all'esame della suprema Corte con la sentenza n. 23798/2012 ne offre piena conferma.

Originariamente nella formulazione dell'art. 35 della legge n. 675/1996 ⁽¹³⁾ gli elementi di tipicità del fatto incriminato erano più netti e soprattutto era chiara la funzione chiamata a svolgere dal nocumento che rendeva quell'illecito una tipica ipotesi di delitto aggravato dall'evento, dove la circostanza aggravante era appunto il nocumento cagionato alla vittima. Con la

riforma l'intento del legislatore muoveva da una rinnovata esigenza politico criminale, quella cercare di limitare l'area di punibilità dell'illecito penale del trattamento svolto in violazione delle procedure stabilite dalla legge, dando un maggiore spazio di intervento agli istituti punitivi di tipo amministrativo e civile.

Tuttavia la fattispecie originaria è stata soltanto ritoccata riformulando l'elemento normativo del nocumento come una condizione di punibilità intrinseca, lasciando del tutto immutata la descrizione del precetto sul versante della tipicità di altri requisiti costitutivi del reato. Quest'opera di ricombinazione degli elementi normativi del fatto, forse anche con la inconsapevolezza del legislatore riformatore, ha condotto ad una singolare sovrapposizione, prima

⁽¹³⁾ MANTOVANI, *Le fattispecie incriminatrici sulla privacy: alcuni spunti di riflessione*, in *Crit. dir.*, n. 4, 1997.

|
—
—
—

| II.2070 cassazione penale – n. 06 – 2014

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

fattuale e poi giuridica, di due possibili elementi di tipicità – evento e condizione di punibilità intrinseca – che entrano a far parte della valutazione circa il compimento operativo della fattispecie legale. Con la differenza che mentre l'evento è il momento qualificativo della lesione del bene giuridico protetto dalla norma che in questa ipotesi non necessariamente si deve verificare e concretizzerebbe certamente il profilo di offensività del fatto reato, la condizione di punibilità fornisce nella teoria generale del reato soltanto la certezza del compimento dell'ipotesi normativa.

Se è vero che la condizione di punibilità assolve solo il ruolo di abilitazione all'operatività della norma, l'evento viceversa diventa l'elemento caratterizzante dell'offensività del reato.

Tuttavia in questa specifica ipotesi di reato il legislatore ha imposto una decisa svolta al significato della condizione obiettiva di punibilità, non solo derogando alla previsione dell'art. 44 c.p., ma anche attribuendone un significato del tutto eccentrico rispetto alla normale considerazione che sia dottrina che giurisprudenza hanno avuto per tale elemento ⁽¹⁴⁾. Resta il fatto che l'inciso operativo della norma «se dal fatto deriva nocumento» è un evidente riferimento al concetto di danno che si concretizza con la condotta dell'agente, quello stesso profilo di danno che dovrebbe contribuire a riscontrare l'evento, e pertanto la prova della lesione prodotta al bene giuridico protetto. Laddove si verifica la compiutezza normativa del reato attraverso l'offesa prodotta, allo stesso tempo il danno cagionato dal nocumento rende operativa l'incriminazione, per cui evento e condizione presentano uno stesso identico contenuto di danno.

In questo modo la condizione di punibilità non sembra più estranea al fatto, non solo perché è parte intrinseca del fatto, ma perché contribuisce a fondarne la dimensione offensiva pur non essendone a stretto rigore un'essenziale componente costitutiva. A nulla può valere, per risolvere l'orizzonte confuso, il ritenere il nocumento soltanto il verificarsi di un danno materiale che va al di là della dimensione di offesa al bene giuridico di categoria, perché la portata lesiva del precetto si indirizza proprio all'offesa del fatto ⁽¹⁵⁾.

La sentenza n. 23798/2012 della suprema Corte si segnala per l'ampiezza della motivazione e per lo sforzo di dare una veste teorica attendibile a un concetto quello della condizione obiettiva di punibilità che tradizionalmente non viene ritenuta utile per la ricostruzione offensiva del fatto ⁽¹⁶⁾. Ed invece si afferma in questo caso che «ai fini della disposizione dell'art. 167 in esame, il richiamo al nocumento, evoca ed istituzionalizza il principio di offensività», quasi che vi siano due eventi diversi nella medesima fattispecie, seppure configurabili con connotazioni concrete diverse. L'aspetto di grande novità si potrebbe riassumere chiedendosi se qualcosa è cambiato nella teoria della condizione obiettiva, oppure il legislatore ci presenta un requisito di tipicità con effetti giuridici diversi da quelli noti ma radicalmente nuovi, al punto da introdurre un tema ancora ignoto alla teorica del reato.

Occorre precisare che il problema della condizione intrinseca è stato da sempre posto all'attenzione dell'interprete come un requisito controverso che designava un profilo di danno ma che non partecipava all'aspetto offensivo del reato, proprio perché soltanto sull'evento si

⁽¹⁴⁾ Sulla natura giuridica del nocumento come condizione obiettiva di punibilità, si veda tra le altre Sez. III, 1° luglio 2004, n. 26680, in *questa rivista*, 2006, p. 1067.

⁽¹⁵⁾ DONINI, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti, *Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008.

⁽¹⁶⁾ Sez. III, 24 maggio 2012 n. 23798, in *www.penalecontemporaneo.it*.

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

appunta con certezza la rilevanza offensiva del fatto ⁽¹⁷⁾. In questo caso il tutto è complicato dalla natura del delitto di trattamento illecito di dati, poiché si tratta di un reato di pericolo che contiene al suo interno anche un'ambigua declinazione del dolo specifico «al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno», per cui sembra quasi che il nocumento, seppure in un assetto di pericolo, giochi un ruolo molto più vicino all'evento di quanto si possa immaginare. La dottrina fa discendere importanti conseguenze a questo proposito dalla sentenza della C. cost. n. 364/1988 che impone una diversa collocazione funzionale per le condizioni di punibilità intrinseche, chiamate a rispondere anch'esse dei criteri di imputazione

soggettiva in termini di colpevolezza ⁽¹⁸⁾.

Se ne deve dunque dedurre che se il legislatore intendeva ridurre l'area d'illiceità penale con l'introduzione della condizione obiettiva – superando le riserve dell'estrema formalizzazione del delitto che si consuma violando semplici norme procedurali – ma allo stesso tempo si muoveva con l'intento dichiarato di arretrare la soglia di punibilità al momento del pericolo, come si vede operazione già in sé ricca di contraddizione a nostro avviso non è riuscito, è invece accaduto che il reato sembri di danno per la previsione della condizione di punibilità ma è punito, secondo l'insegnamento della suprema Corte, come «reato di pericolo concreto con dolo di danno», anzi con la propensione della volontà dell'agente rivolta all'evento ulteriore di danno. Un pericolo, prosegue il giudice di legittimità, non meramente presunto ma concreto, *rectius* effettivo.

Una riflessione attenta sulle scelte normative del legislatore in ordine all'art. 167 c.d.p. spinge a considerare prima di ogni altra cosa la diligenza nella compilazione delle diverse ipotesi di reato contemplate nella stessa disposizione.

La decisione della suprema Corte n. 23798/2012 si spinge sicuramente oltre i confini tracciati dalle precedenti decisioni in materia e, pur rilevando l'inopportuna collocazione nel quadro di tipicità dell'illecito del requisito del nocimento, detta il percorso per una soluzione etimologico-esegetica del termine e del contenuto di nocimento: «Il punto è ora di intendersi sul significato di “nocimento”. Considerato che, per “danno” (anche in senso lessicale) si deve intendere ogni fatto circostanza o azione che “nuoce”, sia materialmente che moralmente, e che la parola “nocimento” altro non significa (nella lingua italiana, con chiara derivazione latina) che “atto, o effetto, del nuocere”, la quasi sovrapposibilità dei significati di tali parole deve indurre a cercare il senso retrostante della parola in esame nella *ratio* posta alla base del suo inserimento nella fattispecie criminosa di cui si discute».

Premesso che, a nostro avviso, la motivazione della sentenza sconta il disagio di una disarmonia concettuale con cui sono stati utilizzati e collocati i requisiti strutturali della fattispecie lo sforzo è quello di individuare una autonoma funzione del danno e del nocimento, offrendo a ciascuno un preciso contenuto di valore e una differente *ratio*. Ed infatti la riforma viene considerata l'occasione per confermare la effettività della tutela della riservatezza, in modo che la condizione del nocimento rappresenta il rafforzamento della tutela del bene e allo stesso tempo provi la concreta lesione all'interesse protetto, come concreta offensività della condotta.

(17) BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nss. d.I.*, vol. XIV, Utet, 1967; RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Jovene, 1971; D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Esi, 2004.

(18) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2001, p. 747.

|

—

—

decisioni in primo piano

SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107 **450.3**

7. VERSO UNA DESOLANTE STRUMENTALITÀ DELLA NORMATIVA A TUTELA DEL TRATTAMENTO DI DATI

Per ritornare al caso da cui siamo partiti, circa la insussistente responsabilità del *provider* nel caso di immissione in rete da parte degli utenti di informazioni diffuse in violazione della legge, va detto che la Corte di cassazione, nel riprendere il percorso logico giuridico seguito dalla Corte di appello di Milano, si allontana dalla ricostruzione in punto di responsabilità del *provider* fatta dal Tribunale di Milano allorché ritenne di condannare gli imputati per il solo delitto di cui all'art. 167 c.d.p.

Volendo dare per le note ragioni di quella decisione ⁽¹⁹⁾, resta il fatto che il giudice monocratico aveva obiettato che, non già *Google Italy* S.r.l. era responsabile ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p. per non aver controllato previamente le informazioni immesse in rete, ma perché, sempre a mente dell'art. 40, cpv., c.p., non avendo diffidato esplicitamente gli utenti dal porre sulla piattaforma informazioni lesive, rispondevano del reato in forma omissiva per non avere impedito l'evento dannoso. Fatte salve le questioni controverse circa l'esistenza di un evento del delitto di cui all'art. 167 c.d.p. ⁽²⁰⁾ che invece vede nel nocumento soltanto una condizione obiettiva di punibilità, resta il fatto che oggi la suprema Corte individua un altro e diverso fondamento alla pretesa responsabilità penale del *provider*. Come già detto, infatti, si assume a sussistenza del fatto punibile il possesso dei poteri di gestione delle informazioni contenenti dati personali, spostando la questione dal piano del concorso omissivo nel reato a quello della qualifica soggettiva posseduta dall'agente e conseguentemente al nesso psichico del dolo specifico.

Per quanto invece attiene il possibile ricorso al capoverso dell'art. 40 c.p. non può essere trascurato che il delitto in questione è a forma vincolata e l'evento non è necessario per la sua consumazione, stante la previsione del dolo specifico indirizzato al danno e al profitto. La Corte di cassazione, peraltro, con la sentenza *Google Italy* opera una rilettura a ritroso, nella consapevolezza di trovarsi di fronte ad un reato che si può consumare solo con una condotta attiva, aggirando anche il rischio di violare l'art. 521 c.p.p. per la mancanza di correlazione tra imputazione e sentenza e la conseguente nullità della sentenza per difetto di contestazione.

Occorre a questo punto prendere atto che il caso *Google Italy* S.r.l. ha messo in luce ulteriori aspetti controversi di una disciplina che già dalla legge n. 567/1996 appariva particolarmente problematica sul versante penalistico. Circostanza confermata dal fatto che il giudice di legittimità ha provveduto a una terza ricostruzione del caso concreto, individuando un nuovo paradigma sotto cui sussumerlo, caratterizzato dalla qualifica del soggetto agente e dall'elemento soggettivo, ancora diverso dai primi due utilizzati dai giudici del merito.

Gli altri casi giurisprudenziali hanno invece investito l'indagine sulla natura di pericolo del

reato e sul requisito del nocumento, riqualficandolo teoricamente come un requisito oggettivo del fatto tipico che attribuisce rilevanza penale alla condotta. Anche questo profilo problematico, già emerso in precedenza in dottrina, come disputa qualificativa se di evento o di condizione obiettiva di punibilità, rischia di mettere decisamente alle corde l'effettività della fattispecie di reato, soprattutto perché affida unicamente al giudice la valutazione sulla rilevanza

⁽¹⁹⁾ MANNA, *La prima affermazione a livello giurisprudenziale della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur.cost.*, 2010, p. 1856.

⁽²⁰⁾ Attente e risolutive in questo senso sono le considerazioni di MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. infor.*, 2010, p. 787.

|
—
—
—

cassazione penale – n. 06 – 2014 P.2073 |

decisioni in primo piano 450.3 SEZ. III, 17.12.2013, n. 5107

|

del nocumento che rende operativa la punibilità dell'agente. Proprio la scelta soggettiva e discrezionale di chi è chiamato a giudicare mina alle fondamenta la certezza applicativa di una norma, non più governata dalla fonte ma resa direttamente efficace dalla prassi.

Una riflessione di politica criminale sulla complessa materia ci spinge a ritenere che ormai il concetto di *privacy* è avvertito dal sentire sociale in modo completamente diverso da come la legge sul trattamento di dati lo intende. Pertanto il diritto penale ⁽²¹⁾ è chiamato a ricercare un punto di equilibrio tra l'onnipervasività della modernità e la protezione della sfera di libertà delle persone, in presenza tuttavia di una legge che guarda ad un obiettivo diverso da quello per cui era stata invocata, una complessa sequenza di atti procedimentali e non la riservatezza in sé come autonomo diritto individuale. Il rischio è di registrare progressivamente interventi giurisprudenziali volti a rendere le norme penali del d.lg. n. 196/2003 fatti punibili meramente simbolici.

—
—
—

| II.2074

cassazione penale – n. 06 – 2014