

(1) Deregulation della Cassazione in materia di privacy ?

Nell'ultimo anno i giudici di merito e di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi sempre più spesso in merito al reato di illecito trattamento dei dati personali. Tra il 2004 ed il 2005 la Corte di Cassazione si è pronunciata per ben tre volte non sempre riuscendo ad essere convincente in merito ai principi che tenta di affermare in materia di riservatezza e protezione dei dati personali.¹

La sentenza che si commenta è, tra tutte, quella che suscita le maggiori perplessità circa i motivi posti a fondamento della decisione di accogliere il ricorso e non ritenere responsabile di trattamento illecito, diffusione o comunicazione illecite dei dati personali perché reperibili su Internet (generalità, indirizzo, recapiti telefonici, indirizzi di posta elettronica, codice fiscale).

La condotta contestata all'imputato è quella di avere, senza il consenso dell'interessata ed al fine di procurarle danno, comunicato i dati personali della ragazza a soggetti terzi in quanto: ha utilizzato tali dati per aprire un sito internet a nome della ragazza presso il *provider* www.paginewww.com, ha aperto, sempre a nome di lei, una serie di indirizzi di posta elettronica presso i *providers* www.blu.it e www.virgilio.it, l'ha iscritta ad un sito di messaggeria erotica denominato www.harem.to e pubblicato, sempre nello stesso sito e sempre a nome di lei, un messaggio diretto per sua natura ad una pluralità indistinta di soggetti, e come se non bastasse, risulta anche che lo stesso imputato abbia inviato reiteratamente alla ragazza una serie di lettere anonime minacciose (per tale reato la pena è stata patteggiata in primo grado e non è stato proposto ricorso per cassazione).

La sentenza di primo grado è dell'8 gennaio 2004 e la normativa applicata al caso di specie è la legge 31 dicembre 1996, n.675 che al momento della sentenza era stata abrogata da qualche giorno dall'art. 183 del Codice introdotto con dlgs 30 giugno 2003

¹ La dottrina in passato ha avuto modo più volte di esprimersi sul concetto di privacy in senso civilistico. Il primo contributo sul concetto può essere attribuito a WARREN S.D. e BRANDES L.D., *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890. Altri autorevolissimi Autori italiani da tempo hanno condotto studi sul tema, per tutti si vedano, CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. I, Cedam, 1958. P. RESCIGNO, *Il diritto ad essere lasciati soli*, in *Syntelesia per Vincenzo Arangio Ruiz*, Jovene, 1964, p.494. RODOTA', *La privacy tra individuo e collettività*, in *Pol.dir.*1974. Per le prime pronunce della Cassazione, v. Sez.III, 9 luglio 2004, Barone, (*CED 229472*)....., e Sez. III, 1 luglio 2004, A.M., in *Dir. Giust.*, Giuffrè, 2004, n.36, p. 50.

n. 196 (codice in materia di protezione dei dati personali) entrato in vigore il 1 gennaio 2004. Sbadatamente la sentenza impugnata essendo dell' 8 gennaio 2004 e quindi successiva alla modifica non ha considerato né applicato la nuova disciplina. La Corte ha ritenuto comunque la decisione erronea perché il fatto non integra il reato nemmeno alla stregua della precedente e meno favorevole normativa e ha affrontato il problema dal punto di vista dell'applicabilità della nuova normativa e specificatamente dell'art. 167 (trattamento illecito dei dati) in relazione alla violazione dell'art. 23 il quale dispone che il trattamento (e quindi anche la comunicazione e la diffusione) di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato.

La Corte ha argomentato la sua decisione articolandola su più punti che qui possiamo così riassumere. Ai sensi dell'art. 5 del Codice, il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all'applicazione del presente codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione pertanto, aggiunge la sentenza, siccome i dati non sono stati esposti alla pubblica consultazione bensì consegnati ad un imprenditore privato fornitore del servizio (*provider*) non può configurarsi una diffusione o una comunicazione di dati ed il soggetto non può ritenersi responsabile della violazione degli obblighi previsti dal D.lgs 30 giugno 2003, n. 196. L'organo di legittimità ha aggiunto inoltre che, ai sensi dell'art. 24 lett. a) del decreto legislativo, il consenso dell'interessato non è richiesto perché il trattamento delle generalità, dell'indirizzo del numero telefonico, della posta elettronica e del codice fiscale della ragazza (perciò anche la comunicazione e la diffusione come previsto dall'art. 4 Dlgs n. 196/2003) riguarda dati provenienti e reperibili su pubblici registri, elenchi, e siti internet.

Le conclusioni della Suprema Corte non convincono. In relazione al primo dei due punti evidenziati la sentenza non spiega come sia possibile ricondurre il fatto sotto l'articolo 5 del decreto legislativo ovvero ritenere che il trattamento effettuato dall'imputato sia stato "per fini esclusivamente personali". Nel caso di specie tale condizione è in realtà assolutamente insussistente e priva di fondamento viste le condotte poste in essere dall'imputato. Innanzitutto è singolare ritenere che i dati (di ignari soggetti) utilizzati per

compiere una serie reiterata di minacce si possono intendere comunque trattati “a fini esclusivamente personali” .E’ evidente, per altri versi, l’errore in cui incorre la sentenza. Un trattamento di dati personali altrui è effettuato “per fini esclusivamente personali” solo fin tanto che i dati stessi rimangono nella disponibilità del soggetto che li tratta. Quando i dati escono dalla sfera di disponibilità del soggetto agente e vengono condivisi con altri (anche con evidenti vantaggi di terzi) o vengono ceduti o comunicati per finalità e scopi che coinvolgono non più solo il singolo ma anche soggetti esterni, non può ritenersi che il trattamento ricada tra quelli previsti dall’art. 5. Quest’ultimo articolo non può trovare applicazione, nel caso di specie, anche per un secondo motivo: il concetto di comunicazione e diffusione dei dati personali che la sentenza tenta di esprimere differisce da quello espressamente previsto e definito dal Codice all’art. 4 lettere l) e m). Contrariamente alle conclusioni della sentenza, i dati non solo sono stati esposti ma anche comunicati e diffusi.

A tal riguardo in primo luogo va osservato che la sentenza considera la consegna dei dati “al singolare”, parla infatti di consegna “ad un imprenditore privato fornitore del servizio...” quando in realtà gli imprenditori sarebbero quattro e non uno solo : il *provider* del sito, il *provider* del sito di messaggeria erotica, ed i *providers* “blu” e “virgilio” presso i quali sono stati aperti a nome della ragazza indirizzi di posta elettronica in uso all’imputato e che per la natura stessa del sistema di posta subiscono una diffusione notevole. Senza contare che inoltre è stato pubblicato, sempre a nome della ragazza, un messaggio nel sito www.harem.to con palese, evidente ed indiscutibile diffusione del dato della ignara vittima ad una pluralità indeterminata di soggetti. E’ di tutta evidenza che trattasi di condotta in violazione delle norme sulla riservatezza e la protezione dei dati personali.

Vi è di più. In secondo luogo, la Suprema Corte non convince anche per l’argomentazione riguardante la ritenuta applicazione dell’art. 24 lett. c) (è un errore materiale la “lett a” indicata in sentenza) che seppur non richiede il consenso per il trattamento che riguarda i dati provenienti dai pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, non solo subordina tale assunto ai limiti e le modalità previste da leggi e regolamenti ma non comprende certo i siti Internet. Il passaggio della

motivazione che reca “...aver comunicato dati che sono reperibili da chiunque in pubblici registri, pubblici elenchi e siti internet...”, quasi volendo far passare una equiparazione sostanziale tra Internet e tali registri o elenchi pubblici, non è condivisibile né fondato su solidi presupposti.

I dati presenti su Internet possono essere inseriti per diverse finalità e non sempre la loro pubblicazione sui siti avviene previo consenso o comunque è conosciuta o conoscibile.

Spesso, tra l'altro, il consenso viene prestato solo per finalità specifiche, pertanto va ricordato che ogni trattamento diverso ed eccedente quei limiti è in violazione delle norme del Codice (art. 23).

Internet non è equiparabile né avvicinabile giuridicamente e concettualmente ad un pubblico registro o ad un elenco pubblico in quanto carente di un sostanziale regime giuridico e dei principali presupposti di fatto.

Ciò che caratterizza un “pubblico registro” è la presenza di elementi essenziali ed imprescindibili, idonei ad attribuire quei requisiti di certezza, completezza, esattezza, conoscibilità, affidamento e ufficialità tipici e propri di un elenco o di un registro pubblico.

A livello amministrativo e burocratico gli enti o le amministrazioni depositarie o custodi di pubblici registri e/o elenchi disciplinano attraverso regolamenti amministrativi o regolamenti interni le modalità di inserimento, registrazione, aggiornamento, cancellazione e pubblicazione di tali strumenti. Esiste una fondamentale esigenza di procedimentalizzazione per la tenuta di un registro pubblico che si giustifica con il carattere di ufficialità e fidejussoria dei dati che il registro o l'elenco contiene.

In Internet questo regime e questo procedimento non esistono, non è concretamente possibile e, con molta probabilità non potranno mai essere previsti. I dati contenuti nel *cyberspazio* non sono esatti e le modalità di inserimento e di aggiornamento da parte di ognuno dei milioni di soggetti –utenti, non sono preventivamente disciplinate né sono certe ed idonee a conferire ai dati carattere di ufficialità e di certezza.

Internet è qualcosa di profondamente diverso e neanche lontanamente paragonabile ad un elenco o ad un registro pubblico; soffermarsi in questa sede sulle caratteristiche attuali

di Internet e della Rete non è possibile in questa sede e pertanto si rimanda a ciò che autorevoli autori hanno scritto sul punto ².

L'affermazione in sentenza che i dati inseriti in Internet sono conoscibili da chiunque e quindi possono essere trattati in virtù dell'art. 24 lett. c) non è condivisibile. Alle condotte descritte non può essere applicato l'articolo sopra richiamato in quanto mancano i presupposti fondamentali che caratterizzano i concetti giuridici di "atto", di "documento", di "elenco" e di "registro" che legittimano una siffatta scriminante del consenso. Ciò, a meno di non stravolgere l'intera portata e applicabilità della normativa prevista dal Codice in materia di protezione dei dati personali in tutti i suoi 186 articoli (più allegati e disciplinari) e, non da ultimo, la normativa comunitaria, considerando che si tratta pur sempre di una legge di recepimento di direttive dell'Unione Europea.

E' inoltre privo di fondamento, ritenere, come si legge dalla pronuncia, che siccome la persona offesa non ha presentato denuncia, né esercitato i diritti previsti dall'art. 13 della legge 675/96, né ha voluto rendere riservato il proprio numero di telefono, il reato di trattamento illecito dei dati personali non può configurarsi. Posto che la sentenza non si dilunga nella descrizione completa del fatto è chiaro che la persona offesa ha portato a conoscenza gli organi inquirenti delle minacce ricevute con le lettere anonime (capo A dell'imputazione) verosimilmente indicando un soggetto ignoto che stava commettendo dei reati in suo danno e sul quale gli organi investigativi hanno indagato identificandolo: ciò è così evidente, infatti diversamente, il processo non si sarebbe nemmeno instaurato. Conseguentemente è chiaro che i diritti della persona offesa previsti dall'art. 13 della legge previgente non potevano essere esercitati perché alla vittima era sconosciuto l'autore delle missive al quale indirizzare le richieste previste dall'art. 13. La diffusione e la comunicazione dei dati via Internet non poteva essere conosciuta né conoscibile proprio per i motivi su esposti.

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo il discorso è più delicato e merita qualche attenzione. Il decreto legislativo n. 196 del 2003 ha modificato il reato di illecito

² FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell' internet*, in *Dir. inf.*, Giuffrè, 2000, p.271-280.

J.JOHNSON, *Universal access to the net : requirements and social impact*, in *Computer & Society*, Vol. 28, 1998, March, No.1.

A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, (Ed.Italiana), Il Mulino, 2001.

trattamento portando la locuzione “se dal fatto deriva nocumento”, costituente in precedenza una circostanza aggravante, a livello strutturale di fattispecie criminosa base. La modifica ha apportato tutta una serie di conseguenze rilevanti sotto il profilo della natura giuridica della locuzione, in bilico tra condizione obiettiva di punibilità oppure elemento costitutivo del reato. La dottrina e la giurisprudenza hanno già avuto modo confrontarsi sul punto e pertanto in questa sede ci limitiamo ad un semplice richiamo con la consapevolezza che il problema è ben lungi dall’essere risolto.³

Ciò che invece in questa sede preme analizzare è la nozione di nocumento. L’orientamento, al quale aderisce la stessa sentenza in commento,⁴ ritiene che non si possa parlare di nocumento in presenza di un “vulnus” minimo all’identità della persona ed alla sua *privacy* e di necessità, ai fini della configurabilità dell’art. 167, di un “nocumento effettivo e concreto” il quale non si concretizzerebbe in caso di semplici violazioni formali, irregolarità procedurali, inosservanze minime che non determinano alcun danno patrimonialmente apprezzabile.

A parere di chi scrive la nozione di nocumento sopra citata è eccessivamente restrittiva e non tiene conto dell’intento del legislatore che non solo trae spunto e origine dalle sollecitazioni delle direttive comunitarie, ma ha voluto rendere l’art. 167 procedibile d’ufficio svincolandolo da qualsivoglia doglianza della persona offesa e liberandolo da considerazioni sulla consistenza minima o massima delle violazioni. A ben vedere, infatti, il nocumento deve intendersi come qualsiasi forma di pregiudizio morale o materiale arrecato a terzi e pertanto non necessariamente patrimoniale né tanto meno vincolato ad un concetto di danno patrimonialmente apprezzabile. Interpretazioni eccessivamente limitative della portata dell’art. 167 portano inevitabilmente ad uno snaturamento dell’intera disciplina, la quale, con il depotenziamento della norma sanzionatoria perderebbe di efficacia deterrente e general preventiva. Visto che sembra ormai sfuggire a troppi, va sottolineato che i beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice sono diritti della personalità che godono di tutela primaria ed anche di riconoscimento

³ V., Sez.III, 9 luglio 2004, Barone, (C.E.D. 229472) in *questa rivista* cit., v. Sez. III, 1 luglio 2004, A.M. in *Dir. Giust.*, cit, con nota di IASELLI, e in *Dir. Internet*, Ipsoa, 2005, n.1, p.5, con nota di CATULLO. In senso critico verso la pronuncia della Cassazione si veda SICA, “Danno” e “nocumento” nell’illecito trattamento di dati personali, in *Dir. Inf.*, Giuffrè, 2004, p. 715.

Cfr. MANNA, *Il quadro sanzionatorio del codice della privacy*, in *Dir. Inf.*, Giuffrè 2003. Per una analisi soprattutto tecnica del trattamento dei dati su Internet, si veda A.A.V.V., a cura di COSTABILE, *Sicurezza e Privacy: dalla carta ai bit*, Expert, 2005.

⁴ Sez.III, 9 luglio 2004, Barone, (C.E.D. 229472), in *questa rivista* cit., v. Sez. III, 1 luglio 2004, A.M. in *Dir. Giust.*, cit..

costituzionale a livello europeo in quanto rientrano nell'art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali ora incorporata nel Trattato di Costituzione Europea. Nell'intero contesto del D.lgs. 196/03 il termine nocumento non può essere interpretato se non nel senso che vi è stata lesione dell'interesse individuale protetto. Appaiono conclusive e chiarificatrici le parole di un autorevole Autore⁵ quando sostiene che se il Legislatore ha optato per il termine "nocumento" anziché per quello di "danno", il primo non è un <<più>> rispetto al secondo, bensì esprime un concetto diverso in cui l'elemento del danno (alla persona, alla personalità, al patrimonio) non è essenziale.

⁵ V.ZENO -ZENCOVICH, in nota a Sez.III, 9 luglio 2004, Barone, in *Dir. Inf.*, Giuffrè, 2004, p. 461