

Giuseppe Cassano

**INTERNET, DIRITTI DI LIBERTÀ, TUTELA DEI
DIRITTI DELLA PERSONALITÀ, TUTELA DEL
CONSUMATORE**

*Dispensa ad uso dei corsisti della giornata di studio
tenutasi a Lecce il giorno 29.4.2011 in tema di
INTERNET. NUOVI PROBLEMI E QUESTIONI
CONTROVERSE*

1. Brevi premesse

Con la sentenza in epigrafe per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano trova applicazione in capo ad un *service provider* la responsabilità penale per il reato di 'trattamento illecito di dati personali per omessa vigilanza, consistente nell'omettere di fornire a quanti vi inviino comunicazioni sulla corretta modalità del loro trattamento; inoltre l'ultima parte della sentenza è tesa a spiegare la ratio giuridica sottesa alla provvedimento giurisdizionale non più soltanto ai destinatari naturali della stessa, ma addirittura a quanti, nella società italiana, debbano utilizzare gli intermediari dell'informazione in Internet per comunicare. In tal modo è stata costruita una condanna per il *webmaster* non *'sulla base di un obbligo preventivo di controllo sui dati immessi, ma sulla base ... di un'insufficiente (e colpevole) comunicazione degli obblighi di legge nei confronti degli uploaders'*.

In particolare, Google Video Italia srl aveva diffuso un filmato realizzato da studenti che, senza il consenso del proprio collega ritratto, ne offendeva l'onore e la reputazione¹. Il filmato comunque era stato rimosso da Google Video Italia srl a due mesi dalla sua inserzione on-line e soltanto dopo un giorno dal momento in cui un privato ed un agente di Polizia giudiziaria formalmente notiziavano gli operatori del motore di ricerca della presenza del video *de quo*.

Il Pubblico Ministero contestava ai responsabili di Google Video Italia s.r.l. di aver gestito il servizio di piattaforma per i dati di immagini e suoni, non fornendo ai propri inserzionisti telematici adeguate e puntuali informazioni sulla corretta modalità del trattamento dei dati personali, giungendo addirittura ad individuare l'eventuale corresponsabilità dei dirigenti Google Video Italia srl nella commissione del reato di cui all'art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 per aver ospitato presso sulla propria piattaforma un filmato che comunque costituiva la fattispecie di un reato. Il Giudice monocratico di Milano ha invece affermato preliminarmente che non può essere attribuita agli imputati, e cioè ai dirigenti di Google Video Italia srl, sia la responsabilità penale di omissione dei controlli preventivi dei video da pubblicare on-line al fine di prevenire la commissione di eventuali reati, sia la responsabilità per i contenuti dei

¹ Cfr. CATULLO F. G., *Quando il trattamento illecito dei dati personali può offendere la reputazione*, in *Riv. pen.*, 2005, 484 ss.

filmati già pubblicati in Rete; invece gli imputati sono responsabili di trattamento illecito di dati personali perché hanno omesso di dare informazioni sul regime della privacy ai propri inserzionisti e ciò nonostante hanno diffuso in Rete² un video in violazione al summenzionato art. 167 d. lgs. n. 196 del 2003, con un dolo specifico sulla stregua di un'ipotesi di reato commissivo mediante omissione sostenuto da dolo eventuale, essendo stata comprovata la *'chiara accettazione consapevole del rischio concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto essere oggetto di particolare tutela'*³.

Il reato sarebbe stato commesso nel momento in cui gli imputati avrebbero assunto la decisione di omettere o comunque di fornire insufficiente informazione ai propri inserzionisti e quindi, parafrasando le parole del giudice, *"all'atto della prima comunicazione di caricamento"*, tuttavia i dirigenti di Google Italia srl non sarebbero responsabili penalmente per la diffamazione posta in essere dai propri inserzionisti, non potendo il *service provider* ricoprire ambiti di competenza per i reati che si consumano nella struttura sociale di Internet. Il Giudice monocratico di Milano afferma sul punto che al gstore della piattaforma *"è imponibile ... un obbligo di corretta informazione agli utenti dei conseguenti obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli (oltre che, naturalmente, l'obbligo di immediata cancellazione di quei dati e di quelle comunicazioni che risultassero correttamente segnalate come criminose)"*

Inoltre non vi sarebbe equiparazione tra il "non impedire l'evento" e il "cagionarlo", poiché il Giudice monocratico di Milano ricostruisce la fattispecie della condotta delittuosa di cui all'art. 167 Codice della privacy attraverso il dolo eventuale, anche se questo difficilmente può coniugarsi nell'ambito del concorso di persone nel reato, poiché è da escludere la responsabilità concorsuale del soggetto che non ha voluto il fatto altrui come proprio.

1.1 I profili penali della sentenza

² Vedila riguardo le analisi di SICA S., *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1998, 776 ss.; IDEM, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni: il d.lgs.n. 171/98 nel "sistema" della protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1998, 775 ss..

³

Con la sentenza della IV sezione penale del tribunale di Milano in composizione monocratica, il giudice ha condannato a sei mesi di reclusione (con la sospensione della pena), appunto, tre dirigenti di Google Italia srl per violazione delle norme sulla privacy per non aver impedito nel 2006 la diffusione di un video su una piattaforma web in cui si vedeva uno studente disabile ben riconoscibile insultato e vessato dai compagni di classe.

Un'identità reale divenuta digitale è così oggetto di una tutela che nelle richieste della magistratura inquirente avrebbe dovuto riguardare sia la tutela della *privacy*, sia quella dell'onore virtuale con la condanna specifica per diffamazione on line ma che nella sentenza del giudice monocratico ha finito per riguardare esclusivamente la violazione delle norme sulla *privacy*.

La sentenza comunque rafforza un'intuizione, per la quale la società dell'informazione ha creato una nuova identità dell'individuo accanto a quella personale, ossia l'identità digitale detta anche identità informatica. Se l'identità personale è una formula che, nei discorsi del giurista, assume più significati - e designa sia il complesso delle risultanze che identificano il soggetto privato nei rapporti con i Soggetti pubblici, distinguendolo dalle altre persone fisiche, sia la sintesi ideale della sua vita raccontabile - l'identità digitale o informatica è stata autorevolmente definita⁴ come una nuova figura giuridica: “essa è distinta dall'identità fisica, poiché si tratta di un'identità virtuale cioè costituita dai dati riferiti a una persona, che acquistano il loro significato solo quando abbia luogo il relativo procedimento elettronico. L'identità virtuale corrisponde dunque a quella reale come l'immagine in uno specchio corrisponde alla figura umana: la sua esistenza è quella dello specchio, ottenuta dalla luce e dalla superficie riflettente”.

L'autorevole definizione rappresenta un'evoluzione interpretativa del diritto all'identità personale, anche alla luce delle fonti normative, di cui all'art. 1 della legge 31 Dicembre 1996 n. 675 e all'art. 2 Dlgs. 30 Luglio 2003, n. 196. Se la nozione di identità personale è una nozione di estrazione prettamente dottrinale e giurisprudenziale, l'espressione

⁴ Vedi FROSINI V., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf.*, 2000, 287 .

“identità digitale” non ricorre in alcuna disposizione normativa vigente, mentre quella di “identità informatica” talvolta è stata utilizzata dal legislatore⁵.

La locuzione di “identità digitale” è comunque entrata a far parte, ancor più con questa sentenza, delle definizioni in uso nel linguaggio giuridico, sia come identità del singolo in rete, sia come insieme delle informazioni e delle risorse concesse da un sistema informatico ad un suo particolare utilizzatore, tanto più che le poche norme positive che la riguardano richiedono che la sua rappresentazione debba essere tanto più completa quanto più è complesso il rapporto giuridico di cui è parte.

Il rispetto della vita privata è la *ratio* che sottintende alla sentenza penale in oggetto, poiché questa incide immediatamente e direttamente sulla comunicazione, ma a sua volta la comunicazione può essere considerata uno dei principali aspetti in cui si esprime la vita privata anche in Rete.

Con la sentenza il giudice ha ritenuto che “Google Italia trattava i dati contenuti nel video caricati sulla piattaforma di Google Video e ne era quindi responsabile perlomeno ai fini della legge sulla privacy”.

L’art. 5 della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, sancisce la regola della riservatezza delle comunicazioni⁶, vietando in particolare «l’ascolto, l’intercettazione, la memorizzazione

⁵ Vedi al riguardo le analisi di BUSIA G., voce *Riservatezza (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., agg., Torino, 2000, 476 ss.; MONDUCCI J., *Diritti della persona e trattamento dei dati particolari*, Milano, 2003, spec. 121 ss..

⁶ Sul diritto alla riservatezza si segnalano, tra le numerose opere, MAZZAMUTO S., *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali*, in *Foro it.*, 1998, IV 49; LO SURDO C., *Commento ai provvedimenti adottati dalla Autorità Garante in merito al problema del consenso informato*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 638; CAFAGGI F., *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 613; GIANCOTTI G., *Diritto di cronaca e tutela della privacy: i primi provvedimenti del Garante*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 626; ALBERTINI L., *Sul documento informatica e sulla firma digitale (novità legislative)*, in *Giust. civ.*, 1998, 267; BARILA’ E., CAPUTO C., *Problemi applicativi della legge sulla privacy: il caso delle cartelle cliniche*, in *Pol. Dir.*, 1998, n. 2, 275; ALPA G., *Aspetti della disciplina sui dati personali riguardanti gli enti e l’attività economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 713; ZENO-ZENCOVICH V., *Una lettura comparatistica della l. n. 675196 sul trattamento dei dati personali*, in *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, 733; DENTI V., *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *Rivista trim. di dir. e pro. civ.*, 1998, 747; NASTI I., *La tutela dei dati personali tra libertà di stampa e poteri del Garante*, in nota a Cass., 30 giugno 2001, n. 8889, in *Corr. giur.*, 2001, 1304; TUFARELLI F., *Privacy e telecomunicazioni*, in *Giornale dir. amministrativo*, 1998, 805; CASTIGLIONE G., *Accesso ai documenti amministrativi e tutela delle persone nel trattamento dei dati personali*, in *Cons. Stato*, 1998, II, 1204; CIRILLO G.P., *Il procedimento sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Foro amm.*, 1998, 261; MESSINETTI R., *Circolazione dei dati personali e dispositivo di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica del diritto privato*,

o altri generi di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni ad opera di persone diverse dagli utenti, senza il consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente», quando, cioè, la restrizione della riservatezza costituisca una misura necessaria alla salvaguardia della sicurezza dello Stato, della difesa, della pubblica sicurezza, del perseguimento di reati (ciò ai sensi dell'art. 14, comma 1, della medesima direttiva); nonché, in caso di registrazione di comunicazioni, quando la registrazione sia autorizzata dalla legge, nell'ambito delle prassi commerciali, allo scopo di fornire la prova di una transazione o di qualsiasi altra comunicazione commerciale.

Questa norma non si limita a proclamare l'inviolabilità della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (primo comma), ma enuncia anche espressamente che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» (secondo comma)⁷. Nel precetto costituzionale trovano perciò protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai

1998, 339; IDEM, *Privacy e trattamento dei dati personali : cinque studi di settore*, in *Contratto e impresa /Europa*, 1998, 259, ORESTANO A., *La riservatezza ancora una volta in cassazione: fondamento contenuto e limiti all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 675/96*, in nota a Cassazione civile, sez. III, 9 giugno 1998, n. 5658, in *Danno e responsabilità*, 1998, 865; NUNZIATA M., *La prima applicazione giurisprudenziale del delitto di "accesso abusivo ad un sistema informatico ex art. 615 ter c.p.*, in nota a Tribunale di Torino 7 febbraio 1998, in *Giur merito*, 1998, II, 711.

⁷ Sugli indici di riconoscimento (fra i quali la bilateralità e la segretezza) della comunicazione vedi ITALIA V., *Libertà e segretezza nella corrispondenza e nelle comunicazioni*, Milano, 1963, 30 ss.; un'altra dottrina giuspubblicistica (così PACE A., *Commento all'art.15 della Costituzione*, in *Comm. cost. Branca, art. 13-20*, Bologna, 1977, 84) ricorda come ai sensi dell'art. 15 Cost. debbano intendersi come corrispondenza e comunicazione solo quella che può essere sottratta alla conoscibilità dei terzi con le normali cautele a disposizione del mittente. Vedi al riguardo BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 163 ss., laddove l'A. ricorda che sotto il profilo della segretezza mentre l'art. 15 Cost. «tutela la comunicazione riservata tra soggetti», l'art. 21 Cost. «tutela la diffusione del pensiero senza confini e senza segreti»: nel secondo caso la forma espressiva ha un carattere di pubblicità e gli strumenti diffusivi assicurano la massima dilatazione e pervasività del messaggio informativo, laddove nella comunicazione rileva il carattere della riservatezza del messaggio e il mezzo utilizzato è idoneo ad escludere i soggetti terzi dalla conoscenza dei contenuti. La Valastro (vedi VALASTRO A., *op. et loc. supra cit.*) ricorda come la Corte costituzionale abbia avallato l'interpretazione di Barile asserendo: «la distinzione tra i diritti di libertà garantiti dagli artt. 15 e 21 Cost. s'incentra sull'essere la comunicazione, nella prima ipotesi, diretta a destinatari predeterminati e tendente alla segretezza e, nell'altra rivolta invece ad una pluralità indeterminata di soggetti» (sentenza del 15 novembre 1988, n.1030, in *Giur. cost.*, 1988, 1985). «Il carattere della segretezza finisce anzi per assumere un ruolo significativo nella ricostruzione dei caratteri della libertà di corrispondenza e di comunicazione» (sentenza 11 marzo 1993 n.81, in *Giur. cost.*, 1993, 108 ss.). Accanto alla libertà di comunicazione viene tutelato il diritto di mantenere segreto quanto comunicato. Così, se il segreto si pone come limite alla generale libertà di comunicazione, operante solo in presenza di un esplicito fondamento costituzionale, nel caso delle comunicazioni il segreto o quantomeno la riservatezza diviene un diritto, venendo a trovare fondamento costituzionale un ulteriore tipo di segreto destinato a limitare la libertà di comunicazione.

diritti della personalità, definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale.

Il diritto alla riservatezza, se ha trovato terreno fertile nelle prassi commerciali e nel campo della responsabilità civile - ove sia il legislatore sia l'interprete, molto attenti alle esigenze sociali, hanno individuato un vero e proprio *right to be alone* di derivazione anglosassone, e un diritto all'oblio, invocabile da personaggi più o meno felicemente celebri - ha rilevanti implicazioni di ordine processualpenalistico. In questo settore, infatti, le esigenze di riservatezza dell'indagato o di soggetti comunque coinvolti nelle indagini devono, talvolta, cedere il passo alla primaria esigenza di giustizia che impernia il processo. In mancanza di una espressa definizione legislativa la dottrina⁸ si è impegnata, in primo luogo, a circoscrivere il fenomeno e a limitarne così le implicazioni di ordine giuridico, oltre che pratico, dando una definizione delle intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni, come presa di conoscenza, operata clandestinamente da un terzo con l'impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono, delle comunicazioni segrete attuate in forma diversa dallo scritto.

Con la sentenza in oggetto è sorta la possibilità di considerare Google Video Italia srl, un intermediario della comunicazione con la conseguente applicabilità della disciplina sul commercio elettronico, nonché la possibile applicazione della legge italiana in materia di privacy ad un trattamento di dati personali. Nella sentenza si evidenzia che non tutto è permesso "in quanto esistono leggi che codificano comportamenti e che creano degli obblighi, che ove non rispettati conducono al riconoscimento di una penale responsabilità".

Il d. lgs. n. 196 del 2003⁹, che ha ricondotto in un ambito di razionalità la legge 31 dicembre 1996, n. 675/96¹⁰ e le sue modifiche successive, ed i successivi interventi

⁸ Per DALIA A.A., FERAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, 484, «l'intercettazione consiste nella captazione, mediante appositi mezzi meccanici od elettronici, di comunicazioni o conversazioni che si svolgono «a distanza», per mezzo del telefono o di altri strumenti di telecomunicazioni (intercettazioni di telecomunicazioni), o «tra persone presenti» in un medesimo contesto ambientale (intercettazione ambientale), da parte di chi non è partecipe al colloquio, né è destinatario delle comunicazioni intercettate». Per il senso di ciò GROSSO G.F., *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 889; ILLUMINATI F., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 37; Cass. pen., 16.2.1985, in *Foro it.*, 1986, II, 670.

⁹ Vedi al riguardo i saggi contenuti in AA.VV., *Il codice della privacy*, a cura di Cardarelli F., Zeno Zencovich V., Sica S., *Il codice della privacy*, Milano, 2004; AA.VV., *Commento al d.lgs. n.196/03 (Codice della privacy)*, a cura di Sica S., Stazione P., Torino, 2004, AA.VV., *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, a cura di Acciai R., Rimini, 2004:

normativi prevede, tra l'altro, l'irrogazione di sanzioni penali ed amministrative (il cosiddetto doppio binario) per l'ipotesi dell'inosservanza di specifiche disposizioni della legge stessa¹¹.

Vedi inoltre le analisi di ELLI G., ZALLONE R., *Il nuovo codice della privacy (commento al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 con la giurisprudenza del Garante)*, Torino, 2004, spec. 52 ss...

¹⁰ Cfr. in generale : AA.VV., *Guida alla tutela della privacy*, Guida al diritto, dicembre 1996; BUTTARELLI G. ,*Banche dati e tutela della riservatezza* ,Milano 1997 ; AA.VV., *Privacy*, a cura di Clemente, Padova, 1999; C.CAMARDI, *Mercato dell'informazione e privacy: riflessioni generali sulla legge n.674/1996*, in *Europa e dir.privato*, 998, 1049; CUFFARO, RICCIUTO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1988; U. DE SIERVO, *Diritto all'informazione e tutela dei dati personali*, in *Foro.it.*, 1999, 66; IMPERIALI R. e IMPERIALI R. *La tutela dei dati personali* ,L'Aquila 1997 ; GIANNANTONIO E.-LOSANO M.G.-ZENO ZENCOVICH V. *La tutela dei dati personali* ,*Commentario alla legge n. 675/1996* ,Padova 1999 ; M. G. LOSANO, *Il diritto pubblico dell'informatica*, Torino, 1986; CUFFARO V.-RICCIUTO V. ,*La disciplina del trattamento dei dati personali* , Torino 1998 .; S. RODOTA', *Privacy e costruzioni della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Politica del diritto*, 4, 1991, 521; A.ROSSATO, *Il diritto alla riservatezza*, in *Riv. Dir. civile*, 1999, parte II, 287; C. SARZANA, *Nata troppo in fretta la legislazione sulla privacy*, *Dir. pen. Proc.*, 1997; S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni: il D.lgs. n. 171/98 nel "sistema" della protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1998, 775; S.SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv critica del diritto privato*, I, 1997, 562.

Piu' specificamente sui profili penali: AA.VV., *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, a cura di FRANCESCHELLI, Milano, 1998; R. BLAIOTTA, *Le fattispecie penali introdotte dalla legge sulla privacy*, in *Cass. Pen.*, 1999, 1942; G. CORRIAS LUCENTE, *Sanzioni penali ed amministrative a tutto campo per aumentare la tutela del cittadino*, Guida al diritto, 1 febbraio 1997, p. 82; ID., *Profili penali della recente legge sul trattamento dei dati personali*, *Studium Juris*, 1988, I, ; ID., *Dato o notizia? La tutela della riservatezza e il diritto di cronaca*, *Dir. inf.*, 1999; G. M. GALLO, *Privacy informatica e condice di procedura penale. Pregi, contraddizioni e disarmonie di una normativa comunque necessaria*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1997, 257; M. MANTOVANI, *Le fattispecie incriminatrici della legge sulla privacy; alcuni spunti di riflessione*, *Crit. Dir.*, 1997; P. MARCUCCI, *I reati commessi con l'uso del computer*, in *Banche dati e tutela della persona*, Padova, 1986; C. PARODI, *Detenzione abusiva di codici d'accesso a sistemi e illecito impedimento di comunicazioni telematiche*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 1149; M. PETRONI, *Banche dati e tutela della privacy riflessi penalistici*, in *Dir. Inf.*, 1988; PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999; L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via internet*, *Dir. inf.*, 1999, 283; SANTINI M. e PROSPERI M. ,*La tutela penale delle informazioni personali :luci ed ombre degli artt. 34-37 della legge n. 675/96* in *Informatica e documentazione* 1998 p.89; C. SARZANA, *Analisi dei profili penali della legge sulla privacy*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 115; F. SGUBBI, *Profili penalistici*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1998, 753; P. TONINI, *Indagini difensive e privacy tra modelli processuali vecchi e nuovi*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 1304; P. VENEZIANI, *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali: prime osservazioni*, in *Riv. Trim. di Diritto penale dell'economia*, 1997, 135.

¹¹ Piu' specificamente cfr. AA.VV. *La tutela della privacy informatica, Problemi e prospettive*, a cura di FRANCESCHELLI, Milano, 1998; M.M. ALMA e C. PERRONI, *Riflessioni sull'attuazione delle norme a tutela dei sistemi informatici* ,in *Diritto penale e processo*, 1997, 504; E. BARILA' e C. CAPUTO, *Problemi applicativi della legge sulla privacy: il caso delle cartelle cliniche*, in *Pol. Del. Dir.*, 1998, 275; A. BELLAVISTA, *nota a sentenza Trib. Salerno*, 17 maggio 2000, in *dir. inf.*, 2000, 480; C.CASSANO, *Il risarcimento del danno da lesione all'identità personale*,in *Dir. inf.*, 1999, 107; G. BUTTARELLI, *I primi provvedimenti nel settore giustizia del garante della privacy*, in *Questione giust.*, 1997, 459; L. CANNATA BARTOLI, *A proposito della tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *dir. proc. Amm.*, 1999, 725; G. CIACCI, *Internet e diritto alla riservatezza*, in *Dir. e procedura civile*, 1999, 233; F.CARINGELLA, *Ancora fitta nebbia sull'accesso ai< dati personali(sensibili e non)*, nota a decisione Consiglio di Stato, 27 agosto 1998 n.1137, in *Il Foro Italiano*, 1998, 610; V. DENTI, *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *riv. Di dir. civ.*, 1999, 747; GRAGNOLI, *La prima applicazione della legge "sul trattamento dei dati personali" ed il rapporto di lavoro privato* ,*Riv.crit. Dir. Priv.* 1997

Essa costituisce la risposta nazionale ad un'evoluzione normativa di matrice comunitaria culminata nella Convenzione del Consiglio di Europa 28 gennaio 1991, n. 108/91 in materia di *protezione delle persone rispetto alla elaborazione automatica dei dati a carattere personale* che, tra l'altro, conferisce ampia discrezionalità agli Stati membri nella definizione dell'apparato di sanzioni.¹²

Tutte le disposizioni penali del *Codice della privacy* rinviano a norme extrapenali per l'individuazione del precetto, il quale è contenuto nella parte di disciplina della legge. L'utilizzazione della norma penale in bianco quale *metodo* per sanzionare penalmente comportamenti ledenti la privacy, nel caso di specie, compromette il principio di legalità, il quale richiede il completo esaurimento della norma penale nella stessa norma penale.¹³ Infatti, la tecnica del rinvio provoca l'estensione della punibilità a tutte le ipotesi descrittive di disciplina, senza procedere ad una selezione accurata degli interessi degni di essere attratti nell'orbita del penalmente rilevante.

Inoltre dottrina accreditata¹⁴ giudica tale tecnica inadeguata al caso di specie, poiché determina una serie di combinazioni spesso complesse, spesso eterogenee, spesso confuse, tali da ingenerare nell'interprete il dubbio in ordine ad una corretta ricostruzione delle fattispecie incriminative.

Gli illeciti penali sanzionati nella legge sulla *privacy* ed in particolare quello di cui all'art. 167 d.lgs, 30 giugno 2003 n. 196 non tutelano direttamente la riservatezza

p. 673; GRANELLI, *Il trattamento dei dati economico-patrimoniali nella recente legge sulla tutela della privacy*, resp.civ. e prev. 1997 p. 971; B. MARKESINIS e G. ALPA, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common Law e nell'esperienza italiana*, in Riv. Trim. di dir. e proc. Civile, 1997, 417; S. MAZZANUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali*, in Foro it., 1998, 49; P. MENGA, *Banche dati, diritto alla riservatezza e telematica*, in *Dottrina e varietà giuridiche*, 1999, 1350; C. SARZANA, *Le iniziative internazionali in tema di sistemi crittografici con riferimento alla tutela di dati personali*, in *Diritto inf.*, 1998, I; S. SICA, *Danno morale per lesione della privacy: domicilio ed essenzialità della notizia*, Nota a sent. Trib. Milano, 13 aprile 2000, in *Dir. Inf.* 2000, 469; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparativistica della L. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in Riv. Trim. di dir. e proc. Civ., 1998, 733.

¹² L'art. xxxx recita: <<ciascuna parte si impegna a stabilire sanzioni appropriate per le violazioni alle disposizioni del diritto interno che danno attuazione ai principi fondamentali per la protezione dei dati enunciati nel presente capitolo>>.

¹³ Il legislatore sembra che non ha ascoltato i richiami della dottrina sul punto. Si veda per tutti: F.MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., p. 105, Cedam, 1992. In proposito è opportuno considerare la circolare 5.2.86 della Presidenza del Consiglio dei ministri, che ha fissato alcuni criteri per la redazione delle norme penali.

¹⁴ E.GIANNANTONIO et al., *La tutela dei dati personali commentario alla L.675/1996*, Milano, 1999.

dei singoli quanto beni strumentali: le funzioni di vigilanza, di controllo e di orientamento assegnate al Garante.

In concreto le ipotesi di reato di cui all'art. 167 sembrano presidiare una normativa nella quale convivono profili tecnici, organizzativi, giuridici ed economici di incerta definizione e costituiscono ipotesi in controtendenza alla depenalizzazione. Invero, se la tutela della riservatezza costituisce un tendenziale minimo comune denominatore alle predette ipotesi delittuose, la costruzione di nuove ipotesi di reato torna a presidio più delle forme che della sostanza, in un complesso contesto applicativo che richiama, per vari aspetti, il complesso sistema delle ipotesi di reato in materia tributaria, nel quale la sanzione penale è destinata alla pura e semplice funzione di presidio e di mero rafforzamento "virtuale" dei precetti sostanziali.¹⁵

L'articolo 34 della legge n. 675/96, così come modificato dall'art. 12 decreto legislativo n. 467/01 e sussunto nell'art. 168 Codice privacy, dispone che "*chiunque, essendovi tenuto, non provvede tempestivamente alle notificazioni prescritte (dagli articoli 7, 16 comma 1, e 28), ovvero indica in esse notizie incomplete, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro xxxxxx a euro e con la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione dell'ordinanza ingiunzione*".

Nell'originaria stesura l'articolo prefigurava il delitto di omessa, incompleta ed infedele notificazione, determinando un'anticipazione della soglia della punibilità a un momento prodromico la lesione del bene giuridico della riservatezza. Infatti, la norma criminalizzava semplici inadempimenti burocratici caratterizzati da una notificazione omessa o infedele e prescindeva dalla esistenza di una lesione effettiva del bene tutelato. Inoltre, il rinvio generico della norma agli articoli citati determinava un'attrazione nell'ambito del comportamento penalmente rilevante di tutti gli adempimenti previsti da essi, senza distinzione di sorta. I soggetti attivi dell'illecito sono il titolare o il

¹⁵ Per quanto riguarda la Giurisprudenza costituzionale :C. Cost. 3 novembre 2000, n.460; per la Giurisprudenza di legittimità: Cass.civile, SS. UU., 28 maggio 1998, n. 5292; Cass. Civ., 9 giugno 1998 n.5658, con nota di D. Mancini, in *Corriere giur.*, 1998, 1168; Cass. Civ., 30 dicembre 1998 n.12890, in *Il Fallimento*, 1999, 909; Cass., SS.UU., 13 aprile 2000 n. 131, Cons.Stato, II, 1376; per la Giurisprudenza di merito: Trib.Milano, 5 marzo 1998, con nota di E. Poddighe, in *dir. inf.*, 1999, 410.

Cfr. anche le posizioni espresse nei provvedimenti del Garante : in particolare *Provvedimento 19 aprile 1999*, in *Dir. inf.*, 2000, 27; *Provvedimento 10 maggio 1999, Autorizzazione al trattamento di dati a carattere giudiziario da parte di privati e di enti pubblici economici*, con nota di G. Busia, in *Guida al diritto*, 1999, 148; *Provvedimento 24 maggio 1999*, con nota di M. Catalozzi, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, I, 1999, 829; *Provvedimento 29 settembre 1999, Aut. n. 7/99 al trattamento di dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici*, con nota di M. MAGLIO,

responsabile dei dati¹⁶, definiti dall'articolo 167, lettere d) ed e), del Codice della privacy, che nella fattispecie oggetto della sentenza sono i dirigenti condannati

Se il titolare o il responsabile è una persona giuridica, autore dell'illecito si qualifica colui che, dipendente della persona giuridica, è responsabile della commissione o dell'omissione. Tale soggetto corrisponde con l'unità organizzativa responsabile del procedimento, ai sensi dell'articolo 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241/90 ma se esso (delegante) ha provveduto ad una delega di funzioni a rispondere dell'adempimento è il delegato, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della medesima legge. Le condotte sanzionate sono sei, a due a due omissive e commissive.

Le prime due condotte corrispondono con quelle del titolare o del responsabile *che omettono di notificare tempestivamente al Garante i dati personali costituenti oggetto del trattamento ovvero notificano notizie incomplete.*¹⁷

Il trattamento dei dati riguarda *qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, 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*, ai sensi dell'articolo xx, comma 2, lettera b), del Codice della privacy.

Il titolare che intenda procedere ad un trattamento di dati personali è obbligato a darne notificazione al Garante *se esso, in ragione delle relative modalità o della natura dei dati personali, sia suscettibile di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato*, ai sensi dell'articolo xxx, comma 1, del Codice della privacy.

L'art. 167, comma 1, del Codice nella sua nuova accezione determina una variazione dell'ambito di efficacia dell'articolo 34 legge n. 675 del 1996, poiché

in Diritto penale e processo, 2000, 20; *Provvedimento 27 ottobre 1999, Trattamento di dati personali da parte di uffici giudiziari.*

16 L'articolo xxx, lettera d, del Codice della privacy definisce il titolare come "la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono le decisioni in ordine alle finalità ed alle modalità del trattamento di dati personali, ivi compreso il profilo della sicurezza".

L'articolo xxxxxxxx definisce il responsabile come la "la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali".

17 Il trattamento è definito dall'art xxxx lett.b) del Codice come: <<qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estradizione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distribuzione di dati>>.

attualmente la fattispecie di omessa o incompleta notificazione può determinarsi solo nei casi in cui la notificazione al Garante è obbligatoria, ovvero quando il trattamento rechi pericolo ai diritti ed alle libertà fondamentali dell'interessato.

Circa *l'incompletezza* delle notizie oggetto della notificazione, il dato è di facile riscontro se si considera che esse sono individuate tassativamente ai sensi dell'articolo xx, comma 4 del Codice, ovvero del successivo comma 5 bis, qualora la notificazione avvenga in forma semplificata. Invece, l'illecito non si perfeziona se il trattamento non è soggetto a notificazione, ai sensi dell'articolo 7 , comma 5 ter, della legge.

Le seconde due condotte sanzionate corrispondono con quelle del titolare o del responsabile *che omettono di notificare tempestivamente in via preventiva al Garante la destinazione dei dati che, per qualunque causa, cessano di essere trattati ovvero gli comunicano notizie incomplete.*

Le ultime due condotte corrispondono con quelle del titolare o del responsabile *che non provvedono tempestivamente a notificare al Garante i dati personali costituenti oggetto di trattamento trasferiti fuori del territorio comunitario ovvero che notificano notizie incomplete.*

Anche nel caso specifico, la notificazione al Garante è obbligatoria quando il trattamento di dati trasferiti verso paesi terzi determini una situazione di pericolo per i diritti o le libertà fondamentali dell'interessato. Infatti, l'articolo xxxx del Codice della privacy dispone che “il trasferimento anche temporaneo fuori del territorio nazionale, con qualsiasi forma o mezzo, di dati personali oggetto di trattamento deve essere previamente notificato al Garante, qualora sia diretto verso un paese non appartenente all'Unione europea e ricorra uno dei casi individuati”.

L'illecito non si perfeziona se il trasferimento è vietato, ai sensi dell'art. xxx Codice della privacy, ovvero quando “l'ordinamento dello Stato di destinazione o di transito dei dati non assicura un livello di tutela delle persone adeguato”, poiché in tal caso manca il presupposto legittimante della notificazione.

In tutte le ipotesi disciplinate dall'art. xx del Codice della privacy gli illeciti si perfezionano per il fatto dell'omissione ovvero dell'invio di dati incompleti. Invero, non essendo necessaria una lesione effettiva del bene della riservatezza, essi si qualificano di pericolo astratto. In tal caso, il soggetto individuato come responsabile non può dimostrare la sua estraneità ai fatti, essendogli addebitato l'evento *in qualunque caso*. Di

conseguenza, mancando un nesso psicologico tra l'azione e l'evento, l'ipotesi descritta include una responsabilità oggettiva *occulta*.

Il ragionamento del giudice nella sentenza si incentra sulla circostanza che Google Italia avrebbe dovuto informare i suoi utenti del fatto che se si pubblica un video riguardo una terza persona, il consenso del terzo interessato è necessario perché non ci sia reato. L'art. xxxx, che ha riassunto l'art. 13 del decreto legislativo n. 467/01, dispone che “ *salvo che il fatto costituisca più grave reato, 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 quanto disposto dagli articoli 11, 20 e 27, è punito con la reclusione sino a due anni o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da tre mesi a due anni.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, 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 quanto disposto dagli articoli 21, 22, 23, 24 e 24 bis, ovvero del divieto di cui all'articolo 28, comma 3, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.

Se dai fatti di cui ai commi 1 e 2 deriva nocumento, la reclusione è da uno a tre anni>>.

Gli elementi comuni a tutte le fattispecie descritte sono l'elemento soggettivo, la clausola di sussidiarietà espressa nella forma del “salvo che il fatto costituisca più grave reato”¹⁸ e il nocumento quale ipotesi aggravante. Invece, alquanto incomprensibilmente, il primo comma disciplina separatamente le ipotesi del trattamento, della comunicazione e della diffusione, prevedendo per le seconde condotte sanzioni più gravi, mentre il secondo comma prevede la sola ipotesi del trattamento.

Nella fattispecie sembra di poter dire che il giudice monocratico abbia voluto dare applicazione alla seconda fattispecie. Tuttavia, ciò non toglie che tutte le disposizioni impongono il fine specifico del “*trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno*”, ovvero una *fattispecie ritenuta verificata*. Di conseguenza, il

¹⁸ La problematica è quella relativa al concorso apparente tra norme che tutte contengono, rispetto alle altre, elementi specializzanti. Tale particolarità determina l'impossibilità dell'applicazione del principio di specialità ex art. 15 c.p. e il ricorso al principio dell'assorbimento, per cui la fattispecie <<più ampia>> assorbe quella meno ampia. In tal caso la norma più ampia è in grado di assorbire l'intero disvalore del fatto. Si veda a riguardo: M. ROMANO, in Commentario sistematico del codice penale, II ed., vol. I., art. 15, n. 32, pp. 170 ss., Giuffrè, Milano, 1995.

legislatore da un lato ha richiesto quale elemento psicologico del soggetto agente il dolo specifico, dall'altro ha ritenuto sufficiente, quale elemento costitutivo del reato, la messa in pericolo del bene della privacy. In verità appare alquanto sfuggente la *ratio legis* che ha anticipato la soglia della punibilità al momento della mera messa in pericolo del bene giuridico (il nocumento costituisce ipotesi aggravante) per poi posporla, attraverso la previsione relativa al dolo specifico. Tuttavia ciò non ha inciso nel ragionamento del giudice monocratico penale di Milano, che ha voluto dare rafforzare la sua pozione sostenendo che “*non costituisce condotta sufficiente ai fini che la legge impone, nascondere le informazioni sugli obblighi derivanti dal rispetto della legge sulla privacy all'interno di condizioni generali i servizio il cui contenuto appare spesso incomprensibile, sia per il tenore delle stesse che per le modalità con le quali vengono sottoposte all'accettazione dell'utente*”

Altra questione degna di essere sollevata e parzialmente sfiorata nel ragionamento del Giudice monocratico concerne il rinvio operato per effetto dell'articolo xx: questo, infatti, enuncia i titoli di reato (*trattamento, comunicazione o diffusione di dati*) e successivamente *rimanda* all'art. xxx che tratta del consenso dell'interessato ma con riferimento alla sola ipotesi di trattamento (non anche di comunicazione e di diffusione).

In base ad una lettura più attenta della fattispecie, si evince che, in effetti, il rinvio è effettuato agli articoli che hanno ad oggetto il trattamento, la comunicazione e la diffusione, deve interpretarsi nel modo che segue: *chiunque (...) procede al trattamento di dati personali in violazione dell'articolo xx(...); chiunque (...) procede alla comunicazione e diffusione di dati in violazione dell'articolo xxx; chiunque (...) procede al trattamento, violazione e diffusione di dati in violazione dell'articolo xx(...)*. Procediamo ad analizzare le singole condotte vietate.¹⁹, e che comunque sembrano incidere sul ragionamento del Giudice monocratico di Milano.

La prima condotta sanzionata corrisponde con quella di colui (*soggetto privato o ente pubblico economico - nelle persone del titolare o del responsabile*) che tratta dati

19 Sul punto: G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p.532; R. IMPERIALI, *La tutela dei dsati personali Vademecum sulla privacy informatica*, Milano, 1997, pag.186; M. MANTOVANI, *Le fattispecie incriminative della legge sulla privacy: alcuni spunti di riflessione*, in *crit. Dir.*, 1997, p. 194; G. PECORELLA, *Profili penalistici della regolamentazione delle banche dati*, in *Le banche dati in Italia*, Napoli, 1985, p.147; A. TRAVERSI, *Il diritto dell'informatica*, Ipsoa, 1985, p. 198.

in violazione dell'articolo xx²⁰, ovvero in mancanza del consenso espresso dell'interessato o secondo modalità difformi da quelle ivi identificate.

Di conseguenza, la sanzione penale è comminata per la realizzazione delle seguenti condotte: a) trattamento di dati attuati senza il consenso dell'interessato; b) trattamento di dati attuati senza il consenso espresso dell'interessato (ovvero, col semplice consenso tacito); c) trattamento di dati attuati con un consenso non libero (ovvero indotto), in forma generica (senza specifico riferimento al trattamento di cui trattasi), non documentato per iscritto (ad esempio, dato oralmente), non preceduto dalle informazioni di cui all'articolo 10 della legge.

Appare di tutta evidenza che il rinvio generico alle fattispecie dell'art. xx provoca un'attrazione nell'ambito del penalmente rilevante di tutte le condotte difformi a quelle lecite, anche di minima entità, rendendo equivalenti fattispecie diversissime tra loro per gravità, quali il trattamento effettuato in mancanza di consenso dell'interessato e quello non documentato per iscritto.

Inoltre, dubbi sussistono se i tre comportamenti sanzionati possono concorrere ovvero la comunicazione e diffusione assorbono il reato minore di trattamento.²¹

E' opportuno precisare che già l'art. 5 del decreto legislativo n. 467 del 2001 aveva aggiunto alle ipotesi predette una ulteriore, determinando un'ampliamento delle ipotesi derogatorie alla regola del consenso dell'interessato e, parallelamente, sottraendo dal campo del penalmente rilevante le condotte assorbite nella nuova disposizione.

Altra condotta vietata è che il giudice di Milano ha esplicitato nelle motivazioni che hanno giustificato la condanna, basandosi su un dovere qualificato di informativa è che *la comunicazione o la diffusione di dati personali avvenga in violazione di alcune*

20 L'art.11 recita: <<il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato. Il consenso può riguardare l'intero trattamento o una o più operazioni dello stesso. Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente, in forma specifica e documentata per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art.10>>.

²¹ Con specifico riferimento ai punti di contatto tra privacy ed attività economica si veda: G. ALPA, *Aspetti della disciplina sui dati personali riguardanti gli enti e l'attività economica*, in Riv. Trim. di dir. e proc. Civ., 1998, 275. Per quanto riguarda l'attività di lavoro e la privacy si tenga presente di: P. LAMBERTUCCI, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e diritti del sindacato: brevi note in margine ad un primo intervento dei giudici*, nota a Pret. Roma, 25 ottobre 1997, in Giur. It., 1998, 267; G. PERA, *La legge Rodotà e le informazioni dovute al sindacato*, in Riv. Dir. del lavoro, II, 1998, 455; F. PETULLI, *La legge sulla privacy e gli appalti pubblici*, in Cons. Stato, II, 1999, II, 465.

situazioni espresse: L'art. xxx ²² elenca le ipotesi in cui la comunicazione e la diffusione di dati sono ammesse (oltre al consenso espresso dell'interessato). Il reato si perfeziona se il soggetto privato o l'ente pubblico economico comunicano o diffondono dati personali in violazione di quelle disposizioni.

Anche in questo caso, l'utilizzazione della tecnica del rinvio non appare pienamente soddisfacente, poiché determina una lesione del principio di tipicità. Infatti, alcune condotte sanzionate sono di difficile identificazione, considerata l'assoluta mancanza di riferimenti nella norma rinviante. Ad esempio, l'articolo 20, comma 1, lettera *a bis* della legge dispone che la comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di privati e di enti pubblici economici sono ammesse “qualora siano necessarie per l'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato”. Invero, in applicazione del rinvio, è sanzionata la condotta di colui che procede ad un trattamento di dati non necessario all'esecuzione degli obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato. E' del tutto evidente la genericità della condotta, la qual cosa ha consentito al Giudice monocratico di Milano di giungere ad una conclusione non facilmente ragguagliabile rispetto allo spirito della norma, la quale tuttavia avrebbe potuto trovare

²² L'art. xx del Codice della privacy dispone che la comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di privati e di enti pubblici economici sono ammesse: *a)* con il consenso espresso dell'interessato; *a-bis)* qualora siano necessarie per l'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta di quest'ultimo; *b)* se i dati provengono da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi e i regolamenti stabiliscono per la loro conoscibilità e pubblicità; *c)* in adempimento di un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria; *d)* nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità. Restano fermi i limiti del diritto di cronaca posti a tutela della riservatezza ed in particolare dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Si applica inoltre il codice di deontologia di cui all'articolo 25; *e)* se i dati sono relativi allo svolgimento di attività economiche, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale; *f)* qualora siano necessarie per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dell'interessato o di un terzo, nel caso in cui l'interessato non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere; *g)* limitatamente alla comunicazione, qualora questa sia necessaria ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, nel rispetto della normativa di cui alla lettera *e)* del presente comma, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento; *h)* limitatamente alla comunicazione, quando questa sia effettuata nell'ambito dei gruppi bancari di cui all'articolo 60 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nonché tra società controllate e società collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, i cui trattamenti con finalità correlate sono stati notificati ai sensi dell'articolo 7, comma 2, per il perseguimento delle medesime finalità per le quali i dati sono stati raccolti; *h-bis)* limitatamente alla comunicazione, quando questa sia necessaria, nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato.

un migliore esplicitazione prevedendo l'applicazione del trattamento di dati *in violazione alla disciplina sui dati sensibili xxxx*)²³.

Le condotte sanzionate sono le seguenti: a) trattamento di dati sensibili operato in mancanza di consenso scritto dell'interessato e/o di autorizzazione del Garante. Invero, la mancanza del consenso e della autorizzazione possono dipendere dalla mancata richiesta da parte del titolare o del responsabile ovvero dal diniego dell'interessato e/o del Garante. A riguardo occorre precisare che già l'articolo 8 del decreto legislativo n. 467/01 aveva aggiunto un quarto comma all'articolo 22 della legge n. 675 del 1996, il

²³ L'articolo xxx dispone che "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, possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante.

1-*bis*. Il comma 1 non si applica ai dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose i cui i rapporti con lo Stato siano regolati da accordi o intese ai sensi degli articoli 7 e 8 della Costituzione, nonché relativi ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, che siano trattati dai relativi organi o enti civilmente riconosciuti, sempreché i dati non siano comunicati o diffusi fuori delle medesime confessioni.

Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati.

1-*ter*. Il comma 1 non si applica, altresì, ai dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni, organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria.

2. Il Garante comunica la decisione adottata sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni, decorsi i quali la mancata pronuncia equivale a rigetto. Con il provvedimento di autorizzazione, ovvero successivamente, anche sulla base di eventuali verifiche, il Garante può prescrivere misure e accorgimenti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto ad adottare.

3. Il trattamento dei dati indicati al comma 1 da parte di soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici, è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge, nella quale siano specificati i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite. In mancanza di espressa disposizione di legge, e fuori dai casi previsti dai decreti legislativi di modificazione ed integrazione della presente legge, emanati in attuazione della legge 31 dicembre 1996, n. 676, i soggetti pubblici possono richiedere al Garante, nelle more della specificazione legislativa, l'individuazione delle attività, tra quelle demandate ai medesimi soggetti dalla legge, che perseguono rilevanti finalità di interesse pubblico e per le quali è conseguentemente autorizzato, ai sensi del comma 2, il trattamento dei dati indicati al comma 1.

3-*bis*. Nei casi in cui è specificata, a norma del comma 3, la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non sono specificati i tipi di dati e le operazioni eseguibili, i soggetti pubblici, in applicazione di quanto previsto dalla presente legge e dai decreti legislativi di attuazione della legge 31 dicembre 1996, n. 676, in materia di dati sensibili, identificano e rendono pubblici, secondo i rispettivi ordinamenti, i tipi di dati e di operazioni strettamente pertinenti e necessari in relazione alle finalità perseguite nei singoli casi, aggiornando tale identificazione periodicamente.

quale prevedeva fattispecie in cui il trattamento dei dati sensibili avvenisse senza il consenso dell'interessato e con la sola autorizzazione del Garante; b) trattamento di dati sensibili operato senza tener conto di misure e accorgimenti posti a garanzia dell'interessato, che il titolare del trattamento è tenuto a adottare; c) trattamento di dati sensibili eseguito da soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici, operato *in mancanza* o nell'inosservanza di espressa disposizione di legge che specifichi "i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite" o, nelle more della specificazione legislativa, *in mancanza* o nell'inosservanza di disposizione del Garante che individui le attività che perseguono rilevanti finalità di interesse pubblico e per le quali è autorizzato il trattamento.

E' vero che l'art. xxx , prevede ipotesi in cui dati sensibili possono essere trattati in mancanza di consenso dell'interessato e/o di autorizzazione del Garante. Essi costituiscono vere e proprie cause di giustificazione o, se si preferisce, casi di esclusione del fatto tipico. Infatti come puntualizza il Giudice monocratico "la condanna del webmaster in ordine al reato di illecito trattamento dei dati personali, infatti, non viene qui costruita sulla base di un obbligo preventivo di controllo sui dati immessi, ma sulla base di un profilo valutativo differente che è, come detto, quello di un insufficiente (e colpevole) comunicazione degli obblighi di legge nei confronti degli uploaders, per fini di profitto".

Il Giudice monocratico di Milano, nonostante la ratio perseguita dagli inquirenti, non ha voluto far riferimento all'art. xxxx²⁴ il quale disciplina il comportamento di chi *trasferisce dati personali all'estero* nei casi in cui l'ordinamento dello Stato destinatario o di transito dei dati non assicura un livello di tutela delle persone adeguato. E la fattispecie trattandosi di una piattaforma in Internet avrebbe potuto tranquillamente verificarsi. Il terzo comma dell'art. xxx dispone un aumento quantitativo della reclusione se dai fatti *di cui ai commi 1 e 2* ne derivi *nocumento*. La fattispecie nel suo complesso integra un'ipotesi di reato aggravato dall'evento.

Tuttavia l'elemento psicologico che connota tutti i reati individuati nell'articolo xxx è il dolo specifico, una volontà particolarmente circostanziata nelle modalità di realizzazione, coincidente con l'intenzione di recare danno o trarre profitto per sé od altri ovvero di avviare consapevolmente una raccolta o una diffusione di dati personali

anche aggregati nell'ambito di archivi o parametrati in modo tale da rendere possibile la relativa estrazione o registrazione.²⁵ Il profitto e il danno non presentano una connotazione necessariamente economica ma possono inerire anche ad aspetti di carattere non patrimoniale. E bene ha fatto il Giudice monocratico a seguire la magistratura inquirente in questo ragionamento che avrebbe reso ulteriore documento ad una elaborazione di una tutela penale per la fattispecie.

²⁴ L'articolo xxx del Codice della privacy dispone che "il trasferimento è vietato qualora l'ordinamento dello Stato di destinazione o di transito dei dati non assicuri un livello di tutela delle persone adeguato".

²⁵ Rilevante appare perciò il rapporto con l'art. 20 della legge stessa che chiarisce come (ad eccezione comunque dei dati particolari di "elevata" sensibilità di cui agli artt. 22, 23 e 24) la comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di privati e di enti pubblici economici sono ammesse: a) con il consenso espresso dell'interessato; b) se i dati provengono da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi e i regolamenti stabiliscono per la loro conoscibilità e pubblicità; c) in adempimento di un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria; d) nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità, nei limiti del diritto di cronaca posti a tutela della riservatezza ed in particolare dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico e nel rispetto del codice di deontologia di cui all'articolo 25; e) se i dati sono relativi allo svolgimento di attività economiche, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale; f) qualora siano necessarie per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dell'interessato o di un terzo, nel caso in cui l'interessato non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità d'intendere o di volere; g) limitatamente alla comunicazione, qualora questa sia necessaria ai fini dello svolgimento delle investigazioni di cui all'articolo 38 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, e successive modificazioni, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, nel rispetto della normativa di cui alla lettera e) sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento; h) limitatamente alla comunicazione, quando questa sia effettuata nell'ambito dei gruppi bancari di cui all'articolo 60 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, nonché tra società controllate e società collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, i cui trattamenti con finalità correlate sono stati notificati ai sensi dell'articolo 7, comma 2, per il perseguimento delle medesime finalità per le quali i dati sono stati raccolti.

Alla comunicazione e alla diffusione dei dati personali da parte di soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici, si applicano le disposizioni del successivo articolo 27, che ne abilita il trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici, è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali, nei limiti stabiliti dalla legge e dai regolamenti. Pur tuttavia, prevede il comma 2 dello stesso articolo, la comunicazione e la diffusione a soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici, dei dati trattati sono ammesse quando siano previste da norme di legge o di regolamento, o risultino comunque necessarie per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. In tale ultimo caso deve esserne data previa comunicazione nei modi di cui all'articolo 7, commi 2 e 3 al Garante che vieta, con provvedimento motivato, la comunicazione o la diffusione se risultano violate le disposizioni della presente legge. La comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di soggetti pubblici a privati o a enti pubblici economici sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento. I criteri di organizzazione delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono attuati nel pieno rispetto delle disposizioni della legge n. 675/96.

Il Giudice monocratico, infine, ha deciso di stabilire la pena accessoria di cui all'art. 172 Codice della privacy, e cioè *la pubblicazione della sentenza nei casi di condanna per uno dei delitti previsti dalla legge*.²⁶

La norma, passata inosservata in sede di primi commenti alle disposizioni del Codice della privacy, costituisce una vera e propria contraddizione in termini se è vero, come è vero, che essa impone la pubblicazione della sentenza di condanna (completa quindi di nome, cognome e domicilio eletto del condannato) nel momento stesso in cui la legge vieta ogni trattamento di dati personali idoneo a rivelare condanne penali che non sia autorizzato (espressamente) dalla legge o da provvedimento del Garante e nei soli casi in cui siano specificate *le finalità di interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati, le precise operazioni autorizzate*.

Ovvia l'osservazione che in questo caso è la legge stessa a fornire una deroga, ma la norma ha portata generale e non si limita (costituendo essa stessa eccezione alla regola di riservatezza) ai casi più gravi o rilevanti socialmente. In sostanza l'esposizione pubblica della pubblicazione della sentenza ha una sua giustificazione autonoma, indipendentemente dal concreto comportamento criminoso ed è *obbligatoria*, non essendo legittimato il giudice, caso per caso, a giudicare sulla sua idoneità.

Vero è, d'altro canto, che la pena accessoria generalmente si connette a comportamenti criminosi (quali frodi, sofisticazioni alimentari, contraffazioni) per i quali prioritaria è l'esigenza di dar notizia dell'avvenuta condanna, in ragione della sussistenza di interessi socialmente rilevanti²⁷ che attengono alla tutela degli individui ed alla prevenzione dalla reiterazione delle (specifiche) attività organizzate.²⁸ Il diritto

²⁶ Si veda: R. IMPERIALI, op. cit.; G. BUTTARELLI, op. cit.

²⁷ E sempre determinati per legge ex art. 36 c.p. ,fermo restando il principio generale che la stessa pubblicazione assume funzione in qualche modo riparatoria del danno da reato ,ai sensi dell'art. 165 c.p. e 186 c.p. come nei casi del delitto di usurpazione di pubbliche funzioni (art. 347 cp) ,delitti di comune pericolo mediante frode (art.448 cp) ,falsità in sigilli ,strumenti o segni di autenticazione o certificazione (art. 475 Cp) ,usurpazione di titolo o onori (art. 498 cp) ,manovre speculative su merci (art. 501 bis cp) ,delitti contro l'industria e commercio (artt. 513/517 cp tra cui frode in commercio ,vendita di sostanze non genuine o con segni mendaci) ai sensi dell'art. 518 Cp, gioco d'azzardo (art. 722 cp) o nei casi di vendita di prodotti audiovisivi o informatici abusivamente duplicati (artt. 171 bis e ter della legge 22 aprile 1941 n. 633 come riformati con decreti legislativi n. 518/1992 e 685/1994). In tutti i casi appare evidente come la tutela dei consumatori e della fede pubblica è il momento unificante ed insieme la ratio della pena accessoria.

²⁸ Si può sostenere,tuttavia, tuttavia che tale meccanismo è presente nell'art. 9 della legge n. 47/1948 sulla stampa ,e che pertanto esso attiene intrinsecamente al mondo della comunicazione ,ed applicandosi perciò' la pubblicazione della sentenza anche ad attività in qualche modo occasionali e non organizzate ,come appunto quelle informative . Vero e' tuttavia che in tale ipotesi la pubblicazione della sentenza riveste prevalentemente una funzione reintegrativa rispetto ad attività informative giudicate diffamatorie

alla riservatezza, se ha trovato terreno fertile nelle prassi commerciali e nel campo della responsabilità civile - ove sia il legislatore sia l'interprete, molto attenti alle esigenze sociali, hanno individuato un vero e proprio *right to be alone* di derivazione anglosassone, e un diritto all'oblio, invocabile da personaggi più o meno felicemente celebri - ha rilevanti implicazioni di ordine processualpenalistico. In questo settore, infatti, le esigenze di riservatezza dell'indagato o di soggetti comunque coinvolti nelle indagini devono, talvolta, cedere il passo alla primaria esigenza di giustizia che impernia il processo.

In mancanza di una espressa definizione legislativa la dottrina²⁹ si è impegnata, in primo luogo, a circoscrivere il fenomeno e a limitarne così le implicazioni di ordine giuridico, oltre che pratico, dando una definizione delle intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni, come presa di conoscenza, operata clandestinamente da un terzo con l'impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono, delle comunicazioni segrete attuate in forma diversa dallo scritto.

2. L'impatto sull'identità digitale

Qualsiasi discorso sull'identità digitale dovrebbe toccare necessariamente due aspetti: quello della tutela dell'identità personale in rete (anche nei suoi profili reputazionali) e quello delle tecniche di identificazione del soggetto a mezzo di strumenti informatici. Il diritto all'identità digitale attiene l'interesse della persona alla non manipolabilità di quello che rappresenta virtualmente, vedendosi riconoscere in rete la propria peculiarità intellettuale, politica, sociale e religiosa, con l'interesse a non essere decontestualizzato pervenendo ad affermazioni contrarie a quanto costantemente affermato. Il diritto all'identità digitale come declinazione del diritto all'identità personale è una specie del genere costituito dai diritti della personalità. Se al diritto

,tant'e' che essa viene rivolta al medesimo giornale nel cui contesto si era svolta l'attività informativa sanzionata .

²⁹ Per DALIA A.A., FERAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, 484, «l'intercettazione consiste nella captazione, mediante appositi mezzi meccanici od elettronici, di comunicazioni o conversazioni che si svolgono «a distanza», per mezzo del telefono o di altri strumenti di telecomunicazioni (intercettazioni di telecomunicazioni), o «tra persone presenti» in un medesimo contesto ambientale (intercettazione ambientale), da parte di chi non è partecipe al colloquio, né è destinatario delle comunicazioni intercettate». Per il senso di ciò GROSSO G.F., *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 889; ILLUMINATI F., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 37; Cass. pen., 16.2.1985, in *Foro it.*, 1986, II, 670.

all'identità digitale si riconosce il possesso dei caratteri tipici dei diritti della personalità, allora viene ad avere natura giuridica di diritto soggettivo assoluto, originario, non patrimoniale, indisponibile. A differenza del diritto all'identità digitale, il nome, il nickname e l'immagine rappresentano la modalità distintiva della persona e costituiscono l'oggetto del relativo diritto, anche se è possibile addirittura sostenere che il diritto a tali modalità distintive sia un profilo del diritto all'identità digitale e personale. Il diritto all'identità digitale, come peraltro già il diritto all'identità personale, trova il suo fondamento nell'art. 2 Cost. ed è deducibile, per analogia, dalla disciplina prevista per il diritto al nome e subordinatamente per il diritto all'immagine, ma non dal diritto all'onore³⁰. Dovrebbero pertanto essere applicabili, in linea di principio, per la tutela del diritto all'identità digitale, le azioni a tutela del nome, di accertamento, ed inoltre dovrebbe essere possibile chiedere l'inibitoria dell'uso ogniqualvolta ricorra una possibilità di pregiudizio. La disciplina normativa al riguardo dovrebbe ritenersi estesa altresì alle persone giuridiche e alle associazioni non riconosciute, toccando i segni distintivi della sigla, del simbolo grafico e della denominazione (una previsione normativa ad hoc pei partiti è quella prevista dall'art. 14 del d.P.R. n. 361 del 1957). Tuttavia in Internet è problematico contemperare i diritti alla riservatezza e all'identità personale con quelli di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e di cronaca. In ogni caso, i primi vengono posposti non solo di fronte alla utilità sociale della notizia, ma altresì di fronte alla verità dei fatti addotti, purché la notizia non sia eccedente rispetto allo stato informativo e sia caratterizzata da obiettività e serenità di giudizio.

Segnali molto chiari, indici rivelatori ben nitidi di un nuovo ciclo dinamico del diritto anche come connesso alla tecnologia si rinvencono in due tappe fondamentali: la Carta di Venezia e la Carta Europea dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, recepita nella Costituzione europea³¹.

³⁰ Il diritto all'onore tutela sia la sfera psichica del soggetto, ossia il sentimento della propria dignità personale (onore in senso soggettivo), sia la considerazione sociale di cui una persona gode (reputazione). A tutela dell'onore e dell'integrità morale presiedono altresì norme penali (artt.594 ss. c.p.), le norme del c.d. Statuto dei lavoratori (legge n. 300/70) relative al controllo a distanza dei dipendenti, agli accertamenti sanitari, alle indagini su opinioni e fatti non rilevanti per la valutazione delle attitudini professionali (artt. 4,5,6,8, della legge citata), nonché quelle che prevedono il potere disciplinare degli ordini professionali sui propri iscritti (2229, c.c.).

³¹ Per un primo commento vedi ASSUMMA G., MARI G., RIFFERO F., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Roma, 2008, spec. 112 ss.

La prima ha fissato il riconoscimento a livello globale di linee guida per il trattamento dei dati personali ed il rafforzamento delle garanzie per particolari dati come quelli genetici o legati alle forme della sorveglianza elettronica; la seconda, con un rilievo di evento storico, ha impresso alla protezione dei dati i caratteri del diritto di libertà. In un tale contesto, il diritto alla privacy viene a far proprie istanze globali, comportando l'assunzione per la loro incidenza in tante aree geografiche e sulla collettività di tanti paesi non solo di regole statuali, ma anche interventi normativi di livello internazionale³².

Le innovazioni tecnologiche si sono diffuse su scala mondiale, finendo per accrescere la loro incidenza sulla sfera privata dei cittadini di ogni Paese³³. La protezione di diritti fondamentali non può essere più racchiusa entro le barriere dei confini nazionali, ma deve esplicarsi su latitudini sovranazionali al fine di evitare che gli strumenti della comunicazione vengano piegati alla costruzione di una società della sorveglianza e della classificazione³⁴. Si allarga il circuito delle questioni globali, quali il commercio elettronico, i sistemi comunicativi online, la videosorveglianza, Internet, i sistemi di sicurezza tramite la biometria, le scienze per la vita inerente i dati genetici, il genoma, la ricerca scientifica³⁵.

In realtà le nuove tecniche si vanno imponendo come forza ecumenica del nuovo villaggio globale, capace di attraversare, senza essere fermata, tutte le frontiere politiche, etniche e ambientali del pianeta. La tecnologia si afferma sempre più come "forza autonoma", dotata di una intrinseca autopropulsività e di una marcata indipendenza dai sistemi politici ed economici³⁶.

In tale quadro di problemi acquista carattere di urgenza e di indifferibilità la tutela dei diritti fondamentali, quali la riservatezza e la libertà della persona³⁷. L'evoluzione normativa dell'intera materia non può affidarsi più ad una fonte legislativa monocentrica, bensì ad un policentrismo di fonti, collocate in una coordinata sequenza a

³² Vedi le analisi al riguardo di FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; IDEM, *Il diritto al presente. Come la globalizzazione cambia il tempo del diritto*, Bologna, 2002,

³³ Vedi al riguardo CORASANITI G., *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, 72 ss..

³⁴ Ibidem

³⁵ Vedi al riguardo le analisi di RODOTA' S., *La vita e le regole*, Milano, 2006, 224 ss..

³⁶ Vedi IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, 101 ss.

³⁷ Ci si permette di rinviare al riguardo a CASSANO G., *Diritto dell'Internet. Il sistema di tutela della persona*, Milano, 2005, 42 ss..

vari livelli (una cornice legislativa concertata fra tutti gli Stati interessati alla soluzione del problema, la specificazione di regole mediante le leggi nazionali, l'adozione di codici-modello di formazione autodisciplinare).

Alla luce di questo quadro di riferimento, la *privacy* è caratterizzata sia da uno sviluppo evolutivo sia da un'espansione quantitativa, che si manifesta nella acquisizione di nuovi campi di attività, di nuove zone di influenza. Ciò si spiega in base ad una corrente di pensiero, la quale ha ravvisato il diritto di *privacy* non come una formula unitaria, bensì come una costellazione di diritti, che non puntano ad un protettivo dell'individuo, ma garantiscono che si via sia tutela del singolo sugli aggregati di interessi legittimi e sulla vita culturale di tante collettività (³⁸).

Il sistema avviato dalla Direttiva n. 95/46/CE, e comunque in via di continua permeabilità degli interessi in campo, è aperto e magmatico; esso consacra, secondo il modello comunitario, un'idea della singolo nell'orizzonte tecnologico, che non è la mera somma delle varie concezioni emerse nei diversi orientamenti nazionali. Del resto, è noto come in Italia la nascita del filone normativo e giurisprudenziale volto a tutelare il «diritto alla riservatezza» ha avuto origine dalla esigenza di salvaguardare la *privacy* dell'individuo in contesti determinati, come quello giornalistico e quello della prestazione di attività lavorativa dipendente, che per le loro caratteristiche rappresentavano ambiti nei quali la riservatezza dell'individuo richiedeva un grado rafforzato di tutela. Ciò spiega come l'art. 3 del d. lgs. n. 196/2003 (cd. Codice della *privacy*) introduca il principio della necessità nel trattamento dei dati personali e prescriva che i sistemi informativi e i programmi informatici siano configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possano essere realizzate mediante dati anonimi ed opportune modalità che permettono di identificare 'interessato solo in caso di necessità.

Nello spazio degli ultimi venti anni, tuttavia, le crescenti possibilità offerte dalla tecnologia alle attività di raccolta, elaborazione, comunicazione e archiviazione di informazioni hanno moltiplicato in maniera esponenziale la potenziale lesività delle banche dati detenute da operatori pubblici e privati, e quindi hanno rilanciato a tutto

³⁸ Per una panoramica in ambito comunitario si veda CALEND A D. , *Il dibattito internazionale sui limiti e le tendenze delle politiche per la tutela della privacy in Internet*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.* , 2001, 531 ss..

raggio le problematiche dei diritti della persona, conferendo loro, nel contempo, una portata tale da chiedere la urgente definizione del rapporto tra la riservatezza - o il diritto alla identità personale - e gli altri diritti riconosciuti dall'ordinamento nei diversi contesti della società (il diritto alla libertà economica, il diritto alla informazione e alla diffusione del pensiero, la libertà associativa, lo stesso diritto alla altrui libera esplicazione della personalità, con le facoltà ad esso connesse). Il quadro muta radicalmente con il diffondersi massiccio dell'uso della tecnologia informatica presso le strutture private, e soprattutto con l'allargamento dell'utenza massificata di Internet³⁹.

A fronte della velocità e diffusività delle operazioni di trattamento informatizzato, nonché della non apparenza delle stesse al soggetto interessato - il quale non era dunque posto in grado di poter esercitare alcun controllo - e a fronte del forte interesse delle imprese alla commercializzazione delle banche dati organizzate per cataloghi di consumatori e utenti di determinati servizi, si è evidenziata la necessità di approntare una tutela di tipo trasversale. Essa deve essere in grado di fornire i principi normativi che definiscano e regolino in via generale il trattamento dei dati personali - e non già un singolo trattamento che fosse strumentale ad una determinata attività - e soprattutto un complesso di facoltà di controllo, affidate allo stesso interessato o ad autorità istituzionali, atte ad anticipare la tutela dell'ordinamento allo stadio preliminare dell'inizio delle operazioni di trattamento, e dunque ampliarne l'ambito: dalla reazione "difensiva", tipica della tutela di una posizione soggettiva di tipo negativo ad una facoltà di "pretesa" e di controllo del flusso delle informazioni personali, che circoscrive una posizione soggettiva attiva.

L'esposizione della persona non è più dunque settoriale, come per l'episodio di cronaca riportato all'attenzione del pubblico, ma globale; non è meramente rappresentativa della persona stessa o di suoi singoli aspetti, come negli archivi anagrafici o nella rappresentazione di una immagine, ma può comportare la individuazione di profili caratteriali, legati a statistiche di comportamenti o abitudini elaborate ponendo determinati dati (capacità reddituale, transazioni commerciali, stato di salute, impiego o professione) quali indici di aggregazione.

Soprattutto, la persona virtuale è proiettata dal contesto originario di elaborazione a quello più vasto e potenzialmente illimitato - si può dire globale - della

³⁹ Ci si permette di rinviare ancora a CASSANO G., *op. et loc. supra cit.* 15 ss..

interconnessione telematica, sicché tende a sostituirsi, per la sua apparente completezza e la facilità di derivazione da parte degli altri utenti del servizio nella stessa rete (la rete di Internet, per i privati, o gli archivi di una singola amministrazione, per le reti pubbliche), alla realtà del soggetto individuato, con il pericolo di uno scollamento della rappresentazione dell'individuo stesso, quale egli è ed ha il diritto di apparire in tutti i contesti sociali ove egli opera: una manipolazione assolutamente contrastante con l'affermazione del diritto al libero svolgimento dei diritti della persona, e con la loro funzione strumentale alla protezione della dignità umana. Il pericolo di una tale manipolazione è ancora maggiore, poi, se lo scopo perseguito non è tanto quello di tracciare profili selettivi del soggetto - anche se questi possono essere in qualche modo falsati - bensì quello di tracciare selezioni sulla base di criteri che si fondino su discriminazioni non consentite alla luce dell'ordinamento.

A questi propositi occorre notare che le più recenti elaborazioni del diritto alla persona hanno distinto, nel suo ambito, i due aspetti fondamentali del diritto alla riservatezza e del diritto alla personalità individuale, conferendo al primo una qualificazione statica di tipo proprietario (il soggetto decide se far circolare i propri dati) ed al secondo una connotazione dinamica (il soggetto decide come far circolare le informazioni a proprio riguardo, in conformità al modo che ritiene rispettoso della sua persona)⁴⁰, con ciò confermando che la personalità necessita di un doppio grado di tutela: la garanzia della proprietà del diritto a fare circolare i dati personali, e la garanzia della conformità di tale circolazione ai valori fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti.

L'aspetto di più rilevante interesse sotto questo profilo è che, per effetto di una tale diversa e più ampia forma di tutela, la stessa portata del diritto alla riservatezza ha compiuto un salto di qualità, evolvendosi dalla fondamentale affermazione dei diritti essenziali alla integrità fisica e psicologica dell'individuo, dalla progressiva affermazione della esistenza (e del diritto alla difesa) di una sfera di riservatezza che copre tutte le informazioni che lo riguardano, sino alla nascita di quello che è stato definito "diritto alla autodeterminazione informatica", e cioè la facoltà di controllo delle informazioni stesse, considerate sotto il profilo della appartenenza al soggetto

⁴⁰ Per ulteriori approfondimenti ci si permette ancora di rinviare a CASSANO G., *op. et loc. supra cit.*

interessato, che è dunque titolare ancor prima del diritto alla difesa giurisdizionale di una facoltà di opporsi al loro trattamento.

2.1 I diritti della personalità nella Rete

Nella sentenza della IV sezione penale del tribunale di Milano in composizione monocratica, il giudice ha ritenuto che il quadro della tutela muta radicalmente con il diffondersi massiccio dell'uso della tecnologia informatica presso le strutture private, e soprattutto con l'allargamento dell'utenza di Internet. La possibilità di raccolta di un gran numero di informazioni a costo limitatissimo, e soprattutto la disponibilità delle tecnologie necessarie per la gestione delle stesse secondo personalizzati cunei di ricerca ed organizzazione dei dati, ha favorito un inarrestabile processo di creazione di innumerevoli banche dati private. In altri termini, agli strumenti di reazione tipici della difesa dei diritti occorre affiancare per il giudice milanese gli obblighi gravanti su chi procede al trattamento di dati personali atti a "procedimentalizzare" una attività che precedentemente era essenzialmente disciplinata solo sotto il profilo sostanziale dalle regole del lecito agire e dalle connesse responsabilità. L'esposizione della persona per il giudice milanese non è più dunque settoriale, come per l'episodio di cronaca riportato all'attenzione del pubblico, ma globale; non è meramente rappresentativa della persona stessa o di suoi singoli aspetti, come negli archivi anagrafici, o nella rappresentazione di una immagine, ma può comportare la individuazione di profili caratteriali. Soprattutto, la persona virtuale è proiettata dal contesto originario di elaborazione a quello più vasto e potenzialmente illimitato, si può dire globale, della interconnessione telematica, sicché tende a sostituirsi, per la sua apparente completezza e la facilità di derivazione da parte degli altri utenti del servizio nella stessa rete di Internet per i privati. Al riguardo bisogna sottolineare come il diritto alla persona sia ormai distinto, nel suo ambito, in due aspetti fondamentali, quello del diritto alla riservatezza e quello del diritto alla personalità individuale, conferendo al primo una qualificazione statica sul tipo dei diritti assoluti ed al secondo una connotazione che vede il soggetto decidere come fare circolare le informazioni a proprio riguardo, in conformità al modo che ritiene rispettoso della sua persona. L'aspetto di più rilevante interesse sotto questo profilo è che, per effetto di una tale diversa e più ampia forma di tutela, la stessa portata del diritto alla

riservatezza ha compiuto un salto di qualità, evolvendosi dalla fondamentale affermazione dei diritti essenziali alla integrità fisica e psicologica dell'individuo, dalla progressiva affermazione della esistenza (e del diritto alla difesa) di una sfera di riservatezza che copre tutte le informazioni che lo riguardano, sino alla nascita di quello che è stato definito "diritto alla autodeterminazione informatica", e cioè la facoltà di controllo delle informazioni stesse, considerate sotto il profilo della appartenenza al soggetto interessato, che è dunque titolare, ancor prima del diritto alla difesa giurisdizionale di una facoltà di opporsi al loro trattamento soprattutto nella utilizzazione telematica. Il collegamento bidirezionale tra chi offre e chi usufruisce delle informazioni permette non solo il passaggio tipico dei dati al "lettore", ma anche l'applicazione di tecniche informatiche che consentono al fornitore di acquisire informazioni sul contatto telematico che consulta il proprio servizio, e quindi il passaggio di dati dall'utente: aspetto che ha suscitato un certo allarme fra gli utilizzatori della Rete. Ma occorre ora alla luce della sentenza del Giudice monocratico di Milano verificare la reale capacità lesiva di tali strumenti, ad incominciare dalla possibilità concreta di intercettazione delle comunicazioni in transito sulla Rete, e poi dell'effettiva configurabilità da parte di terzi del profilo dei gusti personali dell'utente di Internet attraverso un monitoraggio del suo utilizzo del nuovo *media*. Il Giudice monocratico dà una maggiore valenza lesiva della *privacy* dell'individuo per quei programmi che svolgono la funzione di consentire la ricerca di informazioni sui più differenti argomenti nell'enorme banca dati costituita dai milioni di siti *web* pubblicati nei diversi Paesi del mondo, i c.d. motori di ricerca: questi, in pochi secondi, permettono di trovare una o più parole presenti all'interno dei siti collegati alla Rete, con metodi di ricerca più o meno evoluti, ma in genere di sicura efficacia.

I problemi nell'applicazione della disciplina sulla tutela dei dati relativi alla persona sussistono nel momento delle attività di trattamento di informazioni personali correlate alla Rete: quello cioè del passaggio di dati tra diversi siti di Internet (termine inteso questa volta in maniera generica, nel senso di "punto della Rete"), e quindi quello del passaggio di informazioni tra i diversi computer collegati, poiché la stessa interconnessione delle reti impedisce di individuare con certezza il fenomeno del trasferimento di dati, che in tale ambito non è l'esito di una transazione fisica ma è un fenomeno di flussi informativi circolanti in maniera interattiva. Risulta infatti

impossibile, a causa di tale fenomeno, imputare al titolare della banca dati, originario titolare del trattamento ai sensi dell'articolo xxx Codice della privacy, le difformità tra quanto dichiarato in sede di notifica al Garante ed in sede di informativa all'interessato, e le effettive caratteristiche del trattamento quale esso risulta dal processo di aggregazione voluto dall'utente della rete; trattamento che peraltro, per il fatto di essere il risultato immediato di un processo di elaborazione telematica da parte dell'utente della banca dati, non è assistito dal consenso dell'interessato.

Un particolare aspetto tuttavia sembra rendere peculiare la fattispecie tecnologica rappresentata dalla piattaforma di Google Video Italia srl, poiché questa ha come specifico contenuto una quantità di dati personali, organizzati e classificati secondo determinati criteri selettivi, una volta che il dato sia stato acquisito. Infatti il punto forse più critico del modello del consenso, almeno per ciò che concerne le problematiche collegate alla raccolta dei dati su rete informatica, è proprio nella circostanza che le peculiarità della tecnologia dei collegamenti informatici sono tali da vanificare in gran parte la garanzia prima del consenso, direi la base stessa della possibilità del controllo che attraverso quello si esprime. E sul punto il Giudice monocratico in sede penale di Milano ha inteso puntare la sua attenzione, trascurando invece le richieste avanzate dalla magistratura inquirente con riguardo alla diffamazione on line ed alla conseguente tutela dell'onore virtuale.

3. L'onore e la sua tutela in Rete

In un passato remoto, in tema di reati di ingiuria e diffamazione si sosteneva che, nei sistemi della tutela accordata dal legislatore penale, potesse sussistere un diritto privato all'onore: quando l'offesa all'onore, infatti, assurge a reato, il soggetto il cui onore è stato offeso ha il potere-iniziativa di ottenere il risarcimento del danno, arguendosi l'esistenza di un diritto soggettivo; diversamente, quando il fatto lesivo dell'onore non costituisce reato, tra le sanzioni civili non può trovare posto il risarcimento del danno non patrimoniale, atteso il carattere eccezionale che il medesimo ha nel nostro ordinamento.

Tale impostazione viene oggi ad essere ritenuta insoddisfacente, sulla scorta del presupposto che la tutela dell'onore e della reputazione sia da collegarsi con l'intero

ordinamento giuridico e coi valori cui esso si ispira⁴¹, considerandosi parziale e limitata quella impostazione tesa a desumere la tutela della persona umana dalla disciplina del diritto penale.

E da ritenersi possibile, quindi, l'esistenza di un diritto all'onore senza dover ricorrere al criticato sistema che lo deduce dalla repressione penale dell'ingiuria⁴² e della diffamazione. Solo in tempi più recenti lo studio della diffamazione, sia generica che a mezzo stampa, è stata oggetto di nuova attenzione, oltre che per i suoi tradizionali aspetti penalistici, anche sotto il profilo civilistico, soprattutto in due direzioni. Tuttavia il Giudice monocratico in sede penale ha escluso, fortunatamente, l'applicabilità della tutela penale dell'onore mediante norme di diritto pubblico..

Del resto, la Corte Costituzionale⁴³, già negli anni Settanta, aveva affermato il principio secondo cui sussiste ed è tutelato in modo sia pure implicito un interesse della collettività all'informazione, con la conseguenza che i grandi mezzi di diffusione del pensiero sono a buon diritto da considerare nel nostro ordinamento come servizi oggettivamente pubblici o di pubblico interesse.

La giurisprudenza ordinaria tende poi ad operare un raccordo tra l'art. 21 Cost. — in cui rientrano i profili del diritto di opinione, di critica, di cronaca quali estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero⁴⁴ — e la tutela dei diritti della persona, rilevando come il primo - oltre ai limiti interni del rispetto della verità, dell'aderenza al fatto riferito, dell'interesse sociale all'informazione e al buon costume - incontri un ulteriore limite nella tutela dei diritti inviolabili dell'individuo garantita dai fondamentali precetti di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione. La Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto (sentenza n. 175 del 1971)⁴⁵, che aveva ad

⁴¹ Fondamentale, sul punto, è ZENO ZENCOVICH V., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Esi, Napoli, 1985.

⁴² In tema di delitti contro l'onore, quando l'offesa sia arrecata a mezzo di uno scritto e sia indirizzata all'interessato ed a terzi estranei, non può escludersi il concorso tra ingiuria e diffamazione, nel caso in cui la concreta fattispecie comprenda elementi costitutivi delle due distinte norme incriminatrici.

⁴³ Vedi Corte Cost., sentenza 30 maggio 1997, n. 94, in *Giur. Cost.* 1977, 735. Ivi i riferimenti alle precedenti pronunce della Corte Costituzionale, sentenza n. 105 del 1972, e sentenza n. 125 del 1974.

⁴⁴ Poiché quello di manifestazione del pensiero è un diritto fondamentale dell'ordinamento (art. 21 Cost.), le limitazioni ad esso devono essere tassative, e non sono suscettibili di interpretazioni analogiche od estensive. Ne consegue, ad esempio, che il divieto di incitamento, inneggiamento ed induzione alla violenza, sancito dall'art. 6 l. n. 401/89, come autenticamente interpretato dall'art. 2-bis comma 2 d.l. n. 336/2001, non può essere invocato per sottoporre alle misure ivi previste coloro i quali, in occasione di competizioni calcistiche, abbiano usato espressioni offensive, ma che di per sé non costituiscono incitamento alla violenza.

⁴⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 14 luglio 1971, n. 175, in *Giur.it.*, 1972, I, 1 ss..

oggetto l'art. 596 c.p., in rapporto all'art. 21 Cost.. Il diritto di cronaca si basa quindi sulle seguenti requisiti: a) la verità dell'addebito; b) la cd. pertinenza, nel senso cioè che il fatto deve rivestire un pubblico interesse; c) la cd. continenza, contrassegnata dalla forma corretta e civile di esposizione della notizia. Tali requisiti presentano, peraltro, problematiche interpretative a partire dalla cd. verità che oscilla dalla verità oggettiva ad una definizione più elastica, quale quella della cd. verosimiglianza. Entrambe le concezioni non pacificano le posizioni dialettiche, poiché la verità oggettiva è difficile da raggiungere, mentre la verosimiglianza confonde il piano oggettivo con quello soggettivo. Il secondo requisito non è facilmente delimitabile poiché potrebbe servire a tutelare la riservatezza e non l'onore, e quindi tale requisito riguarda soprattutto quelle notizie che non rientrano nella sfera di competenza e nei limiti previsti dall'art. 615 c.p..

Sul piano teorico, può ragionevolmente dirsi che l'art. 21 della Costituzione, nel garantire la libertà di manifestare il proprio pensiero, riconosca implicitamente anche quella di acquisire i dati necessari affinché questo possa articolarsi senza alterazioni degli stessi: entrambe queste libertà debbono comunque essere esercitate nel rispetto dei fondamentali principi costituzionali, primo fra tutti quello della tutela della personalità umana.

Proprio quest'ultimo rilievo ha fatto ritenere a qualche autore⁴⁶ che una moltiplicazione dei diritti della personalità, a prescindere — almeno per ora — dalla questione della loro pluralità o unicità, comporterebbe una troppo grave incidenza sull'art. 21 Cost. ponendo degli obblighi di contenuto a carico di chi, editore o giornalista, ha invece il diritto di diffondere liberamente il proprio pensiero senza limiti di contenuto e con il solo rispetto dell'altrui onore e della veridicità dei fatti.

Il problema peraltro si pone in termini parzialmente diversi, se si considera che si tratta di realizzare il giusto bilanciamento tra interessi che non sono tra loro incompatibili o in collisione bensì collegati: affermazione, questa, che consente di identificare la natura e il contenuto delle singole situazioni giuridiche prese in esame⁴⁷. Nel quadro dei valori costituzionali, la libertà di manifestazione del pensiero rappresenta un'esigenza fondamentale ed imprescindibile dell'individuo in quanto

⁴⁶ Vedi PACE A., *Il cd. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 Cost.*, in Giust. Civ. 1980, II, 409.

⁴⁷ Vedi GIACOBBE G., *Note in tema di strumenti e sanzione per la tutela dei diritti della persona*, in Dir. radio telecom., 1980,494.

homo socialis, e contribuisce essa stessa allo sviluppo e alla realizzazione della personalità dell'uomo.

Di qui può derivarsi la duplice valenza della definizione di personalità: sotto il profilo «interno», infatti, essa costituisce un'estrinsecazione del valore-persona; sotto quello «esterno» invece comprime — o quantomeno potrebbe comprimere— la personalità altrui.

Ciò pone problemi di particolare rilievo in ordine al contemperamento tra libertà di manifestazione del pensiero e rispetto delle varie dimensioni proprie della persona umana.

Uno degli aspetti più spesso presi in esame dalla dottrina e dalla giurisprudenza attiene alla libertà di cronaca, intesa come la narrazione difatti, opinioni e comportamenti altrui.

Se è vero infatti che la Costituzione riconosce e garantisce la libertà di stampa, è pur vero che tramite la divulgazione di notizie o di fatti si può ledere un diritto altrui: basti pensare all'onore, alla riservatezza, all'immagine.

In questa materia, costituiscono ormai *ius receptum* i canoni cui debba ispirarsi il diritto di cronaca al fine di non sfociare nella lesione dell'altrui reputazione e identità personale. A partire dall'ormai celebre sentenza della Corte di Cassazione⁴⁸ nota come «decalogo del giornalista» per aver enumerato le regole dell'informazione, il punto di equilibrio tra i suddetti valori costituzionali si è rinvenuto nella ricorrenza di tre presupposti: l'autenticità e veridicità della notizia, l'esistenza di un interesse pubblico alla divulgazione dei fatti in relazione alla loro attualità e utilità sociale, la correttezza delle espressioni usate (c.d. continenza, peraltro terzo requisito elencato nella sentenza della Corte costituzionale n. 175 del 1971)⁴⁹ in rapporto all'oggettività dell'informazione. Come si è potuto notare, il valore più grande in conflitto con la

⁴⁸ Vedi Corte Cass., Sez. I Civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.* 1984, I, 2711.

⁴⁹ Perché possa dirsi rispettato il limite cd. della continenza - che, nel concorso delle ulteriori due condizioni della verità (oggettiva o putativa) della notizia e della utilità o dell'interesse sociale alla sua conoscenza (o cd. pertinenza), consente di ricondurre al lecito esercizio del diritto di cronaca la divulgazione a mezzo stampa di fatti lesivi dell'altrui onore o reputazione - occorre avere riguardo alla correttezza, non solo formale ma anche sostanziale della esposizione, in funzione del risultato finale della comunicazione. Al qual fine l'indagine non può prescindere dai seguenti elementi: a) accostamento di notizie, quando dotato di autonoma attitudine diffamatoria; b) accorpamento di notizie, che produca un'espansione di significati; c) uso di determinate espressioni nella consapevolezza che il pubblico le intenderà in maniera diversa o contraria al loro significato letterale; d) tono complessivo della notizia e titolazione.

riservatezza rimane la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di opinione e di stampa, tutelate nella Costituzione tra i valori fondamentali all'art. 21 Cost.⁵⁰.

Questo, in sintesi, il senso della pronuncia: l'esercizio del diritto di stampa – ossia la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti sancita in linea di principio nell'art. 21 Cost. e regolata fundamentalmente nella legge 8 febbraio 1948 n. 47 — è legittimo quando concorrano le seguenti tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità (oggettiva o anche soltanto putativa purché, in quest'ultimo caso, frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti; 3) forma «civile» dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione: vale a dire, forma non eccedente lo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale irridente i più umani sentimenti. La verità ancora può degradare a verità putativa, che è equiparata alla reale, in quanto creduta tale in buona fede dal suo narratore. Pertanto, la pubblicazione di una notizia ritenuta vera⁵¹ che reca danno ad interessi altrui è considerata fonte di responsabilità per il cronista solo quando sia a lui imputabile un comportamento negligente o imprudente nel selezionare i fatti o nel reperire la fonte d'informazione. Ciò significa che non è la verità assoluta a guidare l'opera del giornalista, ma l'aderenza ai fatti così come conosciuti usando la diligenza professionale; sarà sufficiente questa «soggettiva» verità per essere esenti da ogni responsabilità. Se è vero che il giornalista può invocare, come esimente, anche la semplice «verità» della notizia — quella verità che in buona fede abbia ritenuto tale pur non essendolo sulla base degli elementi di conoscenza da lui vagliati con cura proporzionale alla verosimiglianza e alla gravità della notizia, alla serietà delle fonti, all'urgenza di informare il pubblico nonché al tono, sicuro o dubbioso usato nel diffondere la verità — è pur vero che l'obbligo della verità, corretto dalla putatività medesima, si converte a ben vedere in obbligo di buona fede, oltre che di diligenza professionale.

La verità dei fatti cui il giornalista ha il preciso dovere di attenersi non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche soltanto

⁵⁰ Vedi FOIS S., *Il cd. decalogo del giornalista e l'art. 21 della Costituzione*, in *Dir.inf.*, 1985, 421 ss...

colposamente taciuti altri fatti, se così strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato. La verità non è più tale se è mezza verità o, comunque, verità incompleta: quest'ultima, anzi, è più pericolosa della esposizione dei singoli fatti per la più chiara assunzione di responsabilità (e correlativamente per la più facile possibilità di difesa) che comporta rispettivamente riferire o sentire riferito a sé un fatto preciso falso, piuttosto che un fatto vero sì, ma incompleto. La verità incompleta (nel senso specificato) deve essere, pertanto, in tutto equiparata alla notizia falsa. Per altro verso, la forma della critica non è civile non soltanto ove sia eccedente lo scopo informativo da conseguire - o difetti di serenità e di obiettività o comunque calpesti quel minimo di dignità cui ogni persona ha sempre diritto - ma anche ove non sia improntata a leale chiarezza. E ciò perché soltanto un fatto o un apprezzamento chiaramente esposti favoriscono nella coscienza del giornalista l'insorgere del senso di responsabilità che deve sempre accompagnare la sua attività, e nel danneggiato la possibilità di difendersi mediante adeguate smentite nonché la previsione di ricorrere con successo all'autorità giudiziaria. Proprio per questo, il difetto intenzionale di leale chiarezza è più pericoloso, talvolta, di una notizia falsa o di un commento triviale, e non può rimanere privo di sanzione.

Per la Suprema Corte il difetto di chiarezza comporta slealtà e sussiste allorché il giornalista, al fine di sottrarsi alle responsabilità che comporterebbero univoche critiche, senza peraltro rinunciare a trasmettere la notizia in qualche modo al lettore, ricorre ad uno dei seguenti subdoli espedienti (nei quali sono da ravvisarsi, in sostanza, altrettante forme di offese indirette): a) al sottinteso sapiente: vale a dire all'uso di determinate espressioni nella consapevolezza che il pubblico di lettori - per ragioni che possono essere le più varie a seconda dei tempi e dei luoghi, e che comunque sono sempre ben precise - le intenderà o in maniera diversa o addirittura contraria al loro significato letterale, ma comunque sempre in senso fortemente più sfavorevole — se non apertamente offensivo — nei confronti della persona che si vuol mettere in cattiva luce. Il più sottile e insidioso di tali espedienti è il racchiudere determinate parole tra virgolette, all'evidente scopo di far intendere al lettore che esse non sono altro che eufemismi, e che, comunque, sono da interpretarsi in ben altro (e ben noto) senso

⁵¹ Peraltro secondo Corte Cass., Civ. I sez., 24 maggio 2002, n. 7628, in *Foro it.* 2002, 2322, la lesione dell'onore e della reputazione altrui non si realizza quando la notizia diffusa sia vera per essere contenuta in un documento ufficiale.

rispetto a quello che avrebbero senza virgolette; b) ad accostamenti suggestionanti (conseguiti anche mediante la semplice sequenza in un testo di proposizioni autonome, non legate cioè da alcun esplicito vincolo sintattico) di fatti che si riferiscono alla persona che si vuol mettere in cattiva luce con altri fatti (presenti o passati, comunque sempre in qualche modo negativi per la reputazione) concernenti altre persone estranee, ovvero con giudizi (anch'essi ovviamente negativi) apparentemente espressi in forma generale ed astratta e come tali ineccepibili (come ad esempio l'affermazione: «Il furto è sempre da condannare») ma che invece, per il contesto in cui sono inseriti, il lettore riferisce inevitabilmente a persone ben determinate; c) ad un tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato, specie nei titoli, o comunque all'artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie «neutre». Tali sono qualificabili quelle notizie insignificanti o di scarsissimo valore, enfatizzate al solo scopo di indurre i lettori, specie i più superficiali, a lasciarsi suggestionare dal tono usato fino al punto da recepire ciò che corrisponde non tanto al contenuto letterale della notizia, ma quasi esclusivamente al modo della sua presentazione (classici, a tal fine, sono l'uso del punto esclamativo anche là dove di solito non viene messo, ovvero la scelta di aggettivi comuni, sempre in senso negativo, ma di significato non facilmente precisabile o comunque sempre legato a valutazioni molto soggettive come, ad esempio, «notevole», «impressionante», «strano», «non chiaro»); d) a vere e proprie insinuazioni - anche se più o meno velate - che ricorrono quando, pur senza esporre fatti o esprimere giudizi apertamente, si articola il discorso in modo tale che il lettore li prenda ugualmente in considerazione, a tutto detrimento della reputazione di un determinato soggetto (tipico, ad esempio, l'uso di un'espressioni quale « non si può escludere che... » riferita a fatti dei quali non si dà conto d'alcun serio indizio).

Inoltre, la mezza verità viene equiparata alla notizia non vera, ritenendosi, per converso, legittima anche la divulgazione di una notizia ritenuta vera, a condizione che quest'ultima sia il frutto di una seria ricerca da parte del narratore: per «verità », infatti, si deve intendere la sostanziale corrispondenza (adeguatio) tra i fatti come sono accaduti (res gestae) e i fatti come sono narrati (historia rerum gestarum). Di conseguenza, il principio di verità - presupposto di esistenza nonché di legittimo esercizio del diritto di

cronaca - comporta l'obbligo per il narratore di controllare non solo l'attendibilità della fonte ma anche di accertare la verità della notizia⁵².

Per quanto concerne, invece, il profilo relativo all'interesse pubblico alla notizia⁵³, si rileva come si tratti di un limite alquanto elastico e variabile in funzione del soggetto cui la notizia inerisce: quanto maggiore è, infatti, il rilievo pubblico del personaggio, tanto maggiore sarà l'interesse del pubblico alla conoscenza di determinati fatti o notizie. Il dato della c.d. continenza, infine, attiene alla civiltà e serenità dell'esposizione e della valutazione delle notizie: per la giurisprudenza difetta tale presupposto laddove l'esposizione risulti eccedente lo scopo informativo, ovvero ricorra a subdoli espedienti quali suggestivi accostamenti, sapienti sottintesi, non risultando in altri termini chiara e leale.

La questione relativa al bilanciamento di valori parimenti tutelati dall'ordinamento, quali la dignità morale della persona da un lato, e la libertà di espressione dall'altro, ha ricevuto nuova linfa con l'introduzione nel sistema positivo della legge sulla privacy, incidendo indirettamente anche sui correlativi rapporti fra onore e manifestazione del pensiero. In via preliminare è da rilevare come, a differenza del Legislatore comunitario che consentiva ogni tipo di eccezioni o deroghe alla disciplina del trattamento dei dati personali «necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme sulla libertà di espressione» (art. 9 Direttiva comunitaria 95/46/CE del 24 ottobre 1995), il legislatore italiano ha previsto l'esclusione dei soggetti che esercitano la professione giornalistica dall'obbligo di chiedere il consenso dell'interessato per il trattamento sia dei dati non sensibili sia della gran parte di quelli c.d. «sensibili»: fanno eccezione le categorie di dati sensibili idonei a rivelare «lo stato di salute o la vita sessuale», per il trattamento dei quali necessita il consenso scritto del soggetto cui i dati attengono.

⁵² In tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, la verità oggettiva della notizia pubblicata, che rileva per stabilire se sia stato rispettato il limite del diritto di cronaca, può intendersi sia come verità del fatto oggetto della notizia, sia come verità della notizia indipendentemente dal suo contenuto, in quanto rientra nel compito informativo della stampa a riferire che una determinata notizia circola pubblicamente. In questo caso tuttavia il cronista, poiché il diritto di cronaca presuppone la fedeltà dell'informazione, cioè l'esatta rappresentazione del fatto percepito, deve contestualmente mettere bene in evidenza che la verità asserita non si estende al contenuto del racconto, nonché riferirne le fonti di propalazione.

⁵³ Salvo situazioni limite - come nel caso di interviste di scarso o nullo interesse pubblico per il tema trattato o il soggetto intervistato, o interviste che contengano solo ingiurie o attacchi gratuiti - il giornalista intervistatore non è punibile per esercizio legittimo del diritto di cronaca indipendentemente dalla continenza delle parole usate dall'intervistato, laddove le dichiarazioni rese da un personaggio di alto rilievo creano di per sé la notizia e sono meritevoli di essere integralmente pubblicate, in quanto soddisfano l'interesse della collettività all'informazione, come indirettamente protetto dall'art. 21 Cost.

Senonché, la violazione di quest'ultimo obbligo non pare dar luogo all'applicazione di sanzioni penali ma solo civili ed amministrative.

Uno degli aspetti maggiormente dibattuti del rapporto tra manifestazione del pensiero e valore della persona umana attiene, infatti, al diritto di cronaca, consistente nella narrazione di opinioni, fatti nonché comportamenti.

Come accennato, premessa metodologica fondamentale, a tale proposito, è che il confronto tra i due valori non muova da criteri aprioristici ma si svolga su di un piano di perfetta parità: il criterio comparativo tra le opposte esigenze risulta necessariamente empirico e riferito al caso concreto. Si tratta non di tutelare la pretesa ad impedire la circolazione delle informazioni - diritto che trova specifica tutela nella privacy - bensì di tutelare l'esigenza di correttezza dei metodi di raccolta, di scelta e soprattutto di utilizzazione dei dati riguardanti sfere giuridiche altrui di modo che non alterino la realtà storica e non incidano sui beni dell'onore e della reputazione.

L'identificazione dei limiti e la ricerca di soluzioni di compatibilità con il principio di libertà di manifestazione del pensiero è di centrale importanza, atteso che la protezione dell'onore e della reputazione si pone in potenziale contrasto con il bene garantito dall'art. 21 Cost., ed in specie con uno dei suoi particolari aspetti che consiste nella libertà di informazione.

Naturalmente, anche il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero non può ritenersi avulso dal sistema dell'ordinamento e perciò privo di limiti intrinseci: uno di questi è sicuramente da individuare nella tutela della persona, rispetto alla quale anche il diritto di cui all'art. 21 Cost. potrebbe dirsi strumentale, posto che l'intero sistema delle garanzie costituzionali è orientato verso la tutela della persona⁵⁴.

Riconosciuta cittadinanza nel sistema civilistico all'onore ed alla reputazione, la giurisprudenza ne ha elaborato linee di tendenza precise in ordine all'aspetto più delicato, vale a dire il loro ambito applicativo. In merito è opportuno ribadire, rimandando a quanto detto precedentemente, la distinzione fra identità personale, onore⁵⁵ e reputazione, cronaca e critica. Difatti, il campo di azionabilità dell'identità

⁵⁴ Vedi GIACOBBE G., op. supra cit., in Dir. Inf. 1985, 164.

⁵⁵ Per l'applicazione del concetto di onore in campo penale a raffronto della casistica propria del web, si segnala SCOPINARO L., *Internet e delitti contro l'onore*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 2000, 617, il quale tenta di rielaborare i concetti di presenza e assenza della persona offesa, al contempo, affrontando la questione della consapevolezza di offendere altrui onore, decoro o reputazione, avendo proprio l'ambiente virtuale come punto di riferimento.

personale non può essere altro che la cronaca, ossia la narrazione di fatti ed avvenimenti valutabili in termini di verità o di falsità. Non così invece la critica, ossia l'espressione di apprezzamenti e valutazioni soggettive dell'interprete che, per i modi o il linguaggio utilizzato, potrà dar luogo ad un'incriminazione per diffamazione ma mai ad una protezione dell'identità, la quale può essere lesa dalla cronaca e non dalla critica.

La distinzione è naturalmente valida solo ove vi sia la possibilità di discernere quale è la notizia e quale invece il commento o la valutazione della notizia: in dottrina, infatti, è stato affermato che “mentre dei fatti sono consentite verifiche, riscontri, accertamenti legati alle contingenze e alla storia, le valutazioni non ammettono se non un contrasto dialettico o un'adesione simpatetica ma non certo una verifica, se non per il fatto che esse siano effettivamente riferibili al soggetto che le ha espresse”⁵⁶.

Deve escludersi che l'identità personale possa aver rilievo indipendentemente dal carattere falso della notizia diffusa: la notizia può essere contraria al buon costume o all'ordine pubblico ovvero falsa od inesatta o, infine, offensiva, ma solo la notizia falsa è idonea a ledere l'identità del soggetto, mentre il carattere offensivo o riservato inciderà correlativamente sui beni dell'onore e della riservatezza.

Come già affermato, il diritto alla riservatezza è in sé diritto assoluto della personalità, che cede il passo solo di fronte ad un prevalente interesse pubblico alla conoscenza, considerato avendo riguardo ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale nonché, in ultima analisi, in rapporto alla convivenza democratica in cui l'uomo trova la sua massima realizzazione. Pertanto, l'utilità sociale della notizia di interesse pubblico copre quelle vicende dell'individuo che abbiano, appunto, rilevanza pubblica, e non quelle che presentino qualsiasi interesse di altro genere per i consociati, le quali invece continuano ad essere pienamente tutelate dal diritto alla riservatezza. Sarà allora la singola fattispecie a rivelare fino a che punto, o, meglio, in rapporto a quali fatti si potrà avere una utilità sociale alla diffusione nella notizia. I consociati avranno interesse, ad esempio, alla conoscenza dei rapporti sociali intrattenuti da un parlamentare, avranno interesse alle vicende del primo uomo sulla luna, avranno interesse ad una ricerca storica su un personaggio decisivo o rilevante per la storia di una nazione: le vicende si potranno così colorare di interesse pubblico in rapporto alla loro maggiore o minore rilevanza pubblica, con esclusione delle notizie del tutto non connesse a fatti d'interesse

generale. Rimane un nocciolo duro e inattaccabile: ogni fatto intimo o segreto della vita privata che non risponda ad alcuna utilità sociale, per cui non sono ammesse le indiscrezioni e le invadenze della pubblica curiosità. Una volta effettuato il bilanciamento fra i suddetti diritti va precisato che, ove l'ordinamento sacrifichi il diritto alla riservatezza per ragioni di interesse generale (notorietà della persona, ufficio pubblico ricoperto, necessità di giustizia o di polizia, scopi scientifici, didattici o culturali, collegamento con fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltesi in pubblico, limitazioni tutte ex art. 97 l. 22 aprile 1941 n. 633 che vanno intese nel senso precedentemente indicato), sarà sempre fatto salvo l'interesse della persona affinché la divulgazione del fatto o della notizia sia fedele e veridica.

Dalle ceneri del diritto alla riservatezza nasce il diritto all'identità personale, entrambi espressione del diritto della personalità, facce della stessa medaglia, per cui se l'utilità sociale oscurerà l'interesse alla riservatezza, ne scoprirà un altro, quello all'identità personale.

Un orientamento giurisprudenziale⁵⁷ ha avuto il merito di puntualizzare i rapporti fra diritto alla riservatezza e diritto alla reputazione, per poi verificarne il concreto bilanciamento con il diritto di manifestazione del pensiero. Si sostiene nella pronuncia, quanto ai contenuti del diritto alla riservatezza e del diritto alla reputazione, che essi vanno valutati in abstracto, cioè con riferimento al contenuto della reputazione o della riservatezza quale si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento, e non *quam suis*, ossia in base alla considerazione che ciascuno ha della sua riservatezza («gelosa riservatezza») o della sua reputazione («amor proprio»). Nella sua absolutezza, neppure è esatta l'affermazione frequente secondo cui il diritto alla reputazione ha un contenuto più ampio del diritto alla riservatezza. Se così fosse, infatti, ogni qualvolta non vi sia lesione della reputazione non vi sarebbe neppure lesione della riservatezza. Senonché il diritto alla riservatezza ha un'estensione maggiore del diritto alla reputazione, ben configurandosi ipotesi di fatti di vita intima che, pur non influenzando sulla reputazione, devono restare riservati. Non solo, ma come abbiamo già avuto modo di osservare si potrebbero configurare ipotesi in cui determinati «fatti di vita» possano essere disvelati per la loro rilevanza, ossia utilità sociale della notizia, non incidendo

⁵⁶ Cfr. la relazione di LIPARI N., *Atti del convegno " il giurì per la lealtà dell'informazione "*, in Dir. Inf. 1991,803.

⁵⁷ Vedi Corte Cass. , I sez. Civ., sentenza 9 giugno 1998, n. 5658, in Foro it. 1998, I, 2387.

altresì sulla reputazione, ma causando una alterazione della verità storica, influenzando in ultima analisi sul diritto all'identità personale⁵⁸.

A giudizio della Corte, diversa è la questione che il diritto all'onore ed alla reputazione sia generalmente considerato dall'ordinamento di maggiore spessore rispetto a quello alla riservatezza, per cui la violazione del primo dà sempre luogo anche ad una tutela penale (artt. 594 s. c.p.), mentre la violazione del diritto alla riservatezza dà luogo a detta tutela solo nell'ambito di specifiche fattispecie (artt. 614, 615-bis, 616, 617-bis ss. c.p.). La riconosciuta base e garanzia costituzionale del diritto alla riservatezza va tuttavia incontro a limiti, di pari rango primario, che derivano dalla peculiare natura «antagonista» del diritto medesimo, è cioè al suo dover coesistere nell'ordinamento con diritti contenutisticamente di segno inverso, pur essi fondamentali e costituzionalizzati.

Secondo un insegnamento ormai tradizionale in materia penale (che ha esaminato con particolare attenzione il funzionamento delle cause di giustificazione), l'antigiuridicità si risolve in un giudizio di valutazione del fatto in relazione alle esigenze del diritto, con conseguente proporzionalità tra la causa di giustificazione e la lesione effettuata del diritto antagonista (in mancanza della quale proporzionalità è sanzionato l'eccesso dell'esercizio della causa di giustificazione: art. 55 c.p.).

In altri termini, non è sufficiente che sussista la causa di giustificazione perché nel bilanciamento tra i contrapposti diritti sia «giustificata» ogni forma di lesione del diritto soccombente, essendo *secundum jus* solo la lesione nei limiti in cui è necessaria per far valere l'esercizio del diritto vittorioso. Ne consegue, anzitutto, che l'accertamento della causa di giustificazione va effettuata in relazione al singolo diritto leso e non ad altro, e che, in ogni caso, è in relazione a detto diritto leso che va effettuata la valutazione di proporzionalità.

Se, quindi, l'area coperta dal diritto alla riservatezza è di maggiore estensione rispetto a quella del diritto alla reputazione, anche se non sempre penalmente tutelata, nella parte in cui diritto alla reputazione e diritto alla riservatezza si sovrappongono l'esimente per la lesione del primo copre anche la lesione del secondo, mentre per la parte eccedente va effettuato un autonomo giudizio di bilanciamento tra i diritti antagonisti (diritto alla riservatezza e diritto di cronaca).

⁵⁸ Vedi al riguardo CUOMO L., RAZZANTE R., *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007, 147 ss..

In merito ad un'altra forma di manifestazione del pensiero, la satira, vi è da dire che essa assolve ad un'importante funzione sociale, soprattutto sotto il profilo del controllo collettivo che essa è in grado di svolgere sui personaggi pubblici.

Accanto a tali affermazioni, non manca chi si chiede se la satira possa considerarsi una forma di espressione artistica riconducibile, quanto a tutela, agli artt. 9 e 33 della Costituzione: è evidente, infatti, come solo optando per una tale sua qualificazione sia possibile considerare non applicabili alla satira i limiti propri di altre forme di manifestazione del pensiero quali la cronaca e la critica.

Non v'è dubbio che l'espressione artistica sia sganciata da esigenze informative, e non abbia alcun necessario rapporto con la verità dei fatti; pur quando essa tragga origine da fatti della realtà, in effetti, assume piena autonomia attraverso la rilettura degli stessi operata dalla creatività dell'artista. La satira è dunque considerata una forma espressiva connotata dallo «sfociare nell'inverosimile e nell'iperbolico», mirando a dissacrare e smitizzare personaggi più o meno celebri. La netta distinzione con la cronaca ha indotto qualche autore a ritenere che, costituendo la satira una rielaborazione creativa della realtà e non intendendo essa rappresentare il vero, dovesse escludersi ogni possibile lesione dell'identità personale di chi è destinatario del messaggio.

A detta di altra dottrina, invece, la satira ha natura ambivalente in quanto, se artistico è il mezzo adoperato, razionale e necessariamente legato alla realtà risulta il messaggio con esso comunicato. In una tale ottica diventa frequente il conflitto con i diritti della personalità dell'individuo, ragione per cui occorre individuare i confini che delimitano la satira lecita da quella che lecita non è: dottrina e giurisprudenza concordano nel ricorrere, in primis, al parametro della notorietà del personaggio. Alcuni autori hanno però sottolineato come il requisito della notorietà non sia tipico della satira⁵⁹, la quale ben può colpire persone non celebri balzate agli onori della cronaca solo transitoriamente. Per questi ed altri motivi, in dottrina si suggerisce di utilizzare criteri tra loro diversi ma combinati: l'ambiente in cui essa si sviluppa, l'attualità per i

⁵⁹ Il diritto di satira, garantito dagli artt. 9, 21 e 33 Cost., può essere esercitato solo nei limiti della coerenza causale tra la qualità della dimensione pubblica del personaggio ed il contenuto artistico ed espressivo del messaggio. Con la conseguenza che, pur caratterizzandosi per i suoi scopi caricaturali e dissacratori, che consentono di non rispettare fedelmente la realtà dei fatti, il diritto stesso non può essere asservito al fine meramente oltraggioso od offensivo nei confronti del soggetto interessato, né può comportare una illecita intromissione negli ambiti di riserbo e riservatezza spettanti allo stesso. Sul punto, in relazione al tema che ci occupa, COSTANZO P., *da Giovenale a Internet: satira tota nostra est*, in *Dir. Internet* 2005,57.

fenomeni di costume che intende rappresentare, l'attitudine obiettivamente offensiva delle espressioni usate.

Accanto a questi, ritenuti limiti interni alla satira, vi sono dei limiti esterni; anzitutto quelli attinenti ai delitti di ingiuria e diffamazione, che tutelano rispettivamente l'onore o la reputazione e il decoro delle persone: tale affermazione, però, intanto è sostenibile in quanto si ritenga che il bene tutelato venga lesa non al momento dell'emissione del messaggio bensì della sua percezione⁶⁰.

Altro peculiare ambito è quello della cronaca giudiziaria, in quanto anche in tale ipotesi valgono i requisiti della verità, della pertinenza e della continenza, ma il bilanciamento fra libertà di manifestazione del pensiero e diritto all'onore deve tener conto del principio della presunzione di innocenza, di cui all'art. 27 comma 2° Cost.. Ciò giustifica l'atteggiamento più rigoroso della giurisprudenza che al riguardo ha stabilito che "l'indagine del giudice di merito volta a stabilire se nei casi concreti il giornalista abbia rispettato i limiti della continenza e della verità deve essere particolarmente pregnante in tema di cronaca giudiziaria, poiché il sacrificio del diritto alla presunzione di innocenza non deve spingersi al di là di quanto è strettamente necessari ai fini informativi"⁶¹, anche in considerazione del fatto che la legge garantisce agli imputati e alla loro difesa di tacere quando loro può nuocere; considerati altresì i vincoli ai quali la legge obbliga i magistrati, sia requirenti che giudicanti nel rapporto con i mezzi di informazione, in tutte le fasi del giudizio; l'esercizio del diritto di cronaca, come l'obbligatorio confronto tra le diverse tesi dovrebbe, addirittura come evidenziato nella delibera n. 13/08/CSP dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, essere garantito da soggetti diversi dalle parti che sono coinvolte e si confrontano nel processo. La scelta di questi soggetti - la cui delicatezza è evidente - appartiene esclusivamente alle decisioni di quanti esercitano il diritto di cronaca. Non bisogna dimenticare che alcune modalità di comunicazione anche in Internet che mostrano la tendenza a trasmettere in forma spettacolare vere e proprie ricostruzioni di vicende

⁶⁰ In tema di diritti della personalità umana, esiste un vero e proprio diritto soggettivo perfetto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella costituzione il suo fondamento normativo (così Corte cost. n. 184 del 1986, n. 479 del 1987), in particolare nell'art. 2 (oltre che nell'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale) e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona.

⁶¹ Vedi Corte Cass., Sez. V pen., sentenza 18 dicembre 1980, in Cass. pen. Mass. Ann., 1982, 1161.

giudiziarie in corso, impossessandosi di schemi, riti e tesi tipicamente processuali che vengono riprodotti, peraltro, con i tempi, le modalità e il linguaggio propri del mezzo televisivo, i quali si sostituiscono a quelli, ben diversi, del procedimento giurisdizionale. Si crea così un foro «mediatico» alternativo alla sede naturale del processo, dove non si svolge semplicemente un dibattito equilibrato tra le opposte tesi, ma si assiste a una sorta di rappresentazione paraprocedurale, che giunge a volte perfino all'esame analitico e ricapitolativo del materiale probatorio, così da pervenire, con l'immediatezza propria della comunicazione televisiva, ad una sorta di convincimento pubblico, in apparenza degno di fede, sulla fondatezza o meno di una certa ipotesi accusatoria. Tanto più accreditato risulta tale convincimento quanto più, nella percezione di massa, la comunicazione televisiva svolge una sorta di funzione di validazione della realtà. In tal modo anche Internet rischia seriamente di sovrapporsi alla funzione della giustizia: e può accadere che «teoremi giudiziari alternativi» o rappresentazioni suggestive prevalgano sull'obiettiva e comprovata informazione, con il concreto rischio di preconstituire

presso l'opinione pubblica un preciso giudizio sul caso concreto, basato su una «verità virtuale» che può influire, se non prevalere, sulla «verità processuale», destinata per sua natura ad emergere solo da una laboriosa verifica che richiede tempi più lunghi, portando addirittura, in casi deteriori, a un giustizialismo emotivo e sbrigativo, talora non alieno da tratti morbosi. La comunicazione in Internet su tali eventi amplifica a dismisura la risonanza di iniziative giudiziarie che, per il loro carattere spesso semplicemente prodromico e cautelare, potrebbero nel prosieguo del processo anche rivelarsi infondate e risultare quindi superate, con il rischio della degenerazione della trasmissione in una sorta di «gogna mediatica» a scapito della presunzione di non colpevolezza dell'imputato e, in ultima analisi, della tutela della dignità umana e del diritto al «giusto processo», garantiti dalla nostra Costituzione e dai principi comunitari. E la «gogna mediatica» può diventare già essa stessa una condanna preventiva, inappellabile e indelebile. La cronaca può indubbiamente riferire del processo, ma non può spingersi a crearne un surrogato che, nella pretesa di ricostruire la vicenda delittuosa, ne amplifichi a dismisura e - in un certo senso - ne rinnovi e incrudisca gli effetti lesivi. La problematica rappresentata, nei suoi molteplici risvolti, è di estrema delicatezza, in quanto in essa confluisce la considerazione di plurimi valori

costituzionalmente garantiti: in sintesi, da un lato la libertà di espressione e di opinione, il diritto di informare e di ricevere e comunicare informazioni - comprensivo anche del diritto di cronaca - che costituiscono estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero affermata dall'art. 21 Cost.; dall'altra la salvaguardia delle libertà individuali e della tutela della dignità umana e dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), nonché il diritto al «giusto processo» tutelato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47). Il compito di contemperare i contrapposti interessi in gioco e' difficile e sfuggente, dovendosi ben ponderare, nella loro relazione reciproca, valori ciascuno di per sé meritevole di considerazione, di rispetto e di tutela. La vigente disciplina delle riprese audiovisive dei dibattimenti (art. 147 decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271) già fornisce una misura - ed un caveat sulla necessità - di contemperamento degli interessi in gioco: garanzia del diritto di cronaca, ma anche salvaguardia delle personalità individuali. Omologo al diritto di cronaca e' il principio della pubblicità delle udienze, immediatamente riconducibile al disposto dell'art. 101 della Costituzione: in un sistema democratico che garantisce la sovranità popolare, e nel quale la giustizia è amministrata in nome del popolo, devono esistere meccanismi di controllo sui modi di esercizio della giurisdizione. Dall'altra parte vi sono però i valori connessi al rispetto di alcune importanti prerogative dell'individuo, tra cui l'onore e la riservatezza. La norma dianzi citata prevede che ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca il giudice, se le parti consentono, può autorizzare in tutto o in parte la ripresa audiovisiva del dibattimento, purché non ne derivi un pregiudizio al regolare svolgimento dell'udienza o della decisione. L'autorizzazione può essere data pure senza il consenso delle parti «quando esiste un interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento». Anche quando autorizza la trasmissione, il presidente vieta la ripresa delle immagini di parti e testimoni, periti, consulenti ed altri soggetti presenti, se i medesimi non vi consentono. Infine, non possono essere autorizzate le trasmissioni di processi che si svolgono a «porte chiuse». Secondo autorevole dottrina, la norma esaminata non ha fugato i dubbi che il dibattito sulla «cronaca giudiziaria» ha sollevato. Come vi è un interesse sociale alla conoscenza del dibattimento, infatti, vi è anche un interesse generale a non turbare lo svolgimento del processo.

4. Libertà di manifestazione del pensiero online e diritto alla reputazione ed all'onore.

Dal punto di vista giuridico, il primo dato che viene in rilievo è la garanzia di cui godono le nuove tecniche di comunicazione, che a pieno titolo rientrano nella nozione di “ogni altro mezzo di diffusione” dell’art. 21 Cost. . Oltre al nostro testo costituzionale, deve essere menzionato anche l’art. 10 della Convenzione Europea⁶² dei diritti dell’uomo che garantisce la libera manifestazione del pensiero⁶³. Internet permette a chiunque abbia una sufficiente alfabetizzazione informatica la piena libertà di accesso all’informazione, consentendogli sia di fornire sia di attingervi. Le restrizioni alla comunicazione attraverso la Rete possono essere fondate solo sulla tutela di beni di pari rango costituzionale e di pari valore sociale, secondo quanto discende dall’applicazione del principio del bilanciamento degli interessi. In quest’ottica un ruolo di assoluta evidenza, quale limite esterno alla libertà di manifestazione del pensiero, deve essere riconosciuto al rispetto dei diritti della persona. La Rete non può essere intesa come una “zona franca” del diritto; essa altro non è che uno dei luoghi nei quali l’individuo svolge la sua personalità, e come tale reclama giuridico rilievo.

Anche in Rete devono essere rispettati il diritto al nome, all’immagine, all’onore, alla reputazione e i “nuovi” diritti della persona alla riservatezza, all’identità personale e non ultimo all’oblio. Se Internet è uno degli strumenti che maggiormente consente l’esplicazione della personalità dell’individuo in condizioni di assoluta democrazia ed eguaglianza, al tempo stesso per le sue stesse potenzialità può essere utilizzato più di ogni altro per ledere in maniera dirompente, e forse irrimediabile, proprio questi stessi aspetti. Da un punto di vista giuridico, quindi, tutte le tematiche tradizionali sui fenomeni connessi alla libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero si ripropongono in Internet in maniera amplificata, non fosse altro che per quella velocità e quella aterritorialità che ne costituiscono i tratti caratteristici.

⁶² Vedi ZENO ZENCOVICH V., *Tutela della reputazione e manifestazione del pensiero nella convenzione europea per i diritti dell'uomo - una sentenza della corte europea che farà discutere* (nota a Corte europea diritti dell'uomo, 8 luglio 1986, Lingens), in *Foro it.* 1987, IV, 50.

⁶³ Vedi FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1967, 21 ss.; EPSTEIN R.A., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione - una critica di analisi economica del diritto alla via americana*, in *Dir. Inf.* 1987, 825.

Restringendo il campo dell'analisi ai soli limiti alla libertà di manifestazione del pensiero legati alla tutela della persona (e lasciando da parte i profili -altrettanto delicati- della tutela dell'ordine pubblico e del buon costume), va osservato che, tra i valori che qui possono venire in gioco, assumono rilievo i "classici" beni dell'onore e della reputazione. È noto che si tratta di due beni della persona che hanno ricevuto giuridico riconoscimento sin dalla tradizione romanistica, e che il legislatore penale del 1930 si è preoccupato di tutelare adeguatamente, costruendo i due reati di ingiuria (art. 594 c.p.) e diffamazione (art. 595 c.p.) proprio intorno alle due distinte nozioni⁶⁴.

Secondo l'opinione tradizionale, come già anticipato nei paragrafi precedenti, l'onore⁶⁵ consiste nel sentimento che il soggetto ha di sé e del proprio valore, mentre la reputazione nel sentimento che di tale soggetto ha la collettività. Mentre il primo viene leso solo in caso di offese rese in presenza del destinatario, il secondo può essere leso solo in caso di offese fatte in presenza di altri: la presenza del destinatario segna dunque il confine tra le due figure di reato. Con riferimento al problema della «presenza» in Internet, da parte di taluni si osserva che va esclusa la possibilità di applicare l'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 594 c.p. («chiunque offende l'onore ed il decoro di una persona presente»), per l'impossibilità di ravvisare l'elemento della presenza fisica dell'offeso in una comunicazione telematica, in quanto questa avviene, per definizione, «a distanza»; può però venire in rilievo l'ipotesi del secondo comma, secondo cui «alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa».

La tutela pubblicistica si traduce, sul piano civilistico, in un'obbligazione risarcitoria che copre anche i danni morali attraverso il meccanismo operativo degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c.⁶⁶. Le condotte di ingiuria e di diffamazione, anche quando non integrano gli estremi delle corrispondenti fattispecie penalistiche, rilevano sub specie di illecito aquiliano, in quanto comportano la violazione dell'obbligo generico del *neminem*

⁶⁴ Si veda tra gli altri ROPPO V., *Diffamazione per Mass media e responsabilità civile dell'editore*, in Foro it. 1993, I, 3360; PELISSERO T., *Diritto di critica e verità dei fatti*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1992, 1227; IOFFREDI A., *Sulla risarcibilità del danno da diffamazione a mezzo stampa*, in Nuova giur. comm. 1993, I, 6 139; V. ZENO ZENCOVICH, CLEMENTE A., LODATO D., *La responsabilità professionale del giornalista e dell'editore*, Giappichelli Padova 1995; CHIAROLLA T., *Offesa alla reputazione e il legittimo esercizio del diritto di cronaca*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 627; IDEM, *Delitto (diffamazione a mezzo stampa) e castigo (risarcimento del danno): istruzioni per l'uso*, in Foro it. 1995, I, 1023.

⁶⁵ Vedi GARUTTI M., *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Cedam Padova, 1986, 42 ss...

laedere. Più in particolare, si potrebbe partire dal combinato disposto dell'art. 2 della Costituzione e dell'art. 2059 c.c. dal quale discenderebbe che i diritti della persona, in quanto situazioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritti soggettivi di carattere assoluto, sono muniti di tutela risarcitoria⁶⁷. Peraltro la tutela dell'onore e della reputazione è da collegarsi con l'intero ordinamento giuridico e coi valori cui esso si ispira, considerandosi parziale e limitata l'impostazione tesa a desumere la tutela della persona umana dalla disciplina del diritto penale.

Con riferimento alla rilevanza civilistica della condotta di diffamazione, che è il profilo di maggior rilievo per il Giudice monocratico penale di Milano non avendo voluto accettare la tesi della Pubblica accusa di condanna per il reato di diffamazione, va osservato che essa non è pienamente corrispondente con l'ambito operativo della fattispecie penale, ma si rivela più ampia. In sede civile, da un lato assumono giuridico rilievo, ai fini risarcitori, anche le condotte diffamatorie colpose, e dall'altro la lesione alla reputazione si ritiene perpetrata anche se l'offesa è avvenuta comunicando con una sola persona e anche se il fatto si è verificato a seguito di provocazione (che, in ambito penale, opera come un'esimente che esclude la punibilità)⁶⁸.

Rispetto a questo specifico ambito operativo dell'art. 21 della Costituzione, non c'è dubbio allora che il diritto di esprimere il proprio pensiero e di diffondere informazioni

⁶⁶ Vedi ZENO ZENCOVICH V., *Il danno alla reputazione: proposte per una uniforme liquidazione*, in *Dir. Inf.*, 1989, 829.

⁶⁷ Si segnala che è questo ormai il più recente indirizzo interpretativo in tema, a far tempo dalle sentenze Cass. 8827/03 e 8828/03 (in *Giur. it.* 2004, 36, con nota di SUPPA M.P., *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*): ossia che il danno non patrimoniale, conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, non è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'articolo 185 c.p., e non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale. Anche la Corte costituzionale, con la sentenza 233/03 (in *Giur. it.* 2004, 723, con nota di CASSANO G., *La responsabilità civile con due (belle?) gambe, e non più zoppa*) ha segnalato l'indubbio pregio del suddetto indirizzo, che riconduce a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona e che, nel superamento della tradizionale affermazione per cui il danno non patrimoniale riguardato dall'articolo 2059 c.c. si identificerebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo, prospetta del medesimo articolo 2059 l'interpretazione costituzionalmente orientata, tesa a ricomprendere nell'ambito di operatività della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona (compresi, quindi, onore reputazione). Cfr. nota 4 di questo capitolo.

⁶⁸ Si è affermato in giurisprudenza che nei reati contro l'onore, l'esimente della provocazione è applicabile anche nel caso in cui la reazione dell'agente sia stata diretta contro persona diversa dal provocatore, quando quest'ultimo sia legato all'offeso da rapporti tali da giustificare, alla stregua delle comuni regole di esperienza, lo stato d'ira e quindi la reazione offensiva.

mediante Internet non possa essere ricondotto in maniera univoca a tale nozione di libertà di informazione: infatti, se l'opinione viene espressa da parte di un privato in un piattaforma aperta come quella gestita da Google Video Italia srl, essa non potrebbe essere qualificata in termini di esercizio del diritto di cronaca, poiché quest'ultimo è di appannaggio esclusivo di un soggetto - il giornalista - che svolge un'attività professionale improntata ai caratteri dello scopo di lucro, della finalità pubblicistica, dell'autorevolezza della fonte. Si potrebbe, seguendo questa impostazione non del tutto condivisibile, tracciare una linea di demarcazione tra la libertà di informazione "qualificata" e "non qualificata", che segni anche la soglia di rilevanza giuridica del diritto di cronaca: la configurabilità di uno ius narrandi come scriminante - il quale vale a privare il fatto lesivo del carattere di anti-giuridicità - trova spazio esclusivamente con riferimento alla prima in ragione della sua connotazione pubblicistica.

5. I rilievi in materia di diffamazione a mezzo Internet dalla giurisprudenza penale.

La netta linea di demarcazione tracciata dal Tribunale di Roma tra diffamazione a mezzo Internet⁶⁹ e diffamazione a mezzo stampa, quale emergente dalla motivazione dell'ordinanza sopra riferita, è stata in seguito ancor meglio chiarita nella motivazione della decisione di un noto procedimento penale giunto all'attenzione del Tribunale (sez. penale) di Oristano, di seguito brevemente riassunto⁷⁰.

Il giudice dell'udienza preliminare appartenente al Tribunale di Oristano, era stato chiamato ad esprimersi in merito ad un procedimento avviato da una società che lamentava l'avvenuta propria diffamazione a mezzo Internet, per causa di una pubblicazione apparsa sul sito web della Federazione Verdi di Oristano. Mediante il sito Internet in questione erano stati ospitati gli interventi di due attivisti del suddetto gruppo dei Verdi, i quali avevano reso pubbliche alcune notizie in merito a presunte attività di speculazione immobiliare compiute dagli amministratori della società in questione.

Nella motivazione del provvedimento il G.u.p. provvedeva a dichiarare — con sentenza emessa in Camera di consiglio — che la pubblicazione di testi dai contenuti diffamatori immessi su uno spazio web non è astrattamente idonea ad integrare (in nessun caso) il reato di diffamazione a mezzo stampa. Riveste un grande interesse in

⁶⁹ Si veda CORTI M., *In tema di diffamazione a mezzo di Internet*, in *Aida* 2001, 457.

⁷⁰ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2000, II,663.

questa sede ripercorrere il ragionamento che ha condotto il G.u.p. di Oristano ad escludere la stessa possibilità di configurare, in astratto, una ipotesi di reato di diffamazione a mezzo stampa, ovvero radio/telediffusione.

Si legge - in tal senso - nella motivazione della sentenza in commento, che le norme penali dettate per il delitto di diffamazione a mezzo stampa “non possono essere applicate alla diffamazione commessa attraverso Internet, mezzo di diffusione delle informazioni del tutto peculiare al quale, vertendo in materia penale, non può essere estesa in via analogica la disciplina dettata per la stampa o la radio o la televisione”. L’organo giudicante, sulla scorta di un tale corretto presupposto, perveniva dunque ad escludere (allo stato della normativa vigente in materia) la possibilità di operare un’interpretazione estensiva della legge sulla stampa, in quanto “stante l’obiettivo diversità delle fattispecie legalmente tipizzate rispetto a quella in esame, si tradurrebbe in un larvato giudizio analogico”. De jure condendo, giova tuttavia segnalare fin d’ora l’esistenza di un disegno di legge, recante modifiche al Codice Penale ed al Codice Civile in materia di diffamazione col mezzo della stampa, o con altro mezzo di diffusione (D.d.l. n. 7292), volto esplicitamente ad ampliare la fattispecie del reato di diffamazione a mezzo stampa non soltanto (come già previsto) alla radio ed alla televisione, ma anche a quegli strumenti telematici che, per loro natura, possono essere visti o letti da chiunque (leggi altrimenti Internet).

Fintantoché i progetti di riforma non saranno giunti ad attuazione, le argomentazioni svolte dal G.u.p. di Oristano - inerenti il riconoscimento della inapplicabilità del reato di diffamazione a mezzo stampa agli illeciti commessi sul web - valgono a giungere anche all’inapplicabilità alla medesima fattispecie di diffamazione a mezzo Internet dell’art. 30 della legge n. 223 del 1990, atteso che le “trasmissioni” ivi considerate dall’articolo appaiono essere soltanto quelle radiofoniche e televisive, e che Internet opera piuttosto mediante tecnologie differenti rispetto ad esse.

Diversamente ragionando si cadrebbe, dunque, nuovamente in una operazione analogica in malam partem, vietata dal nostro Codice Penale. Dalla dedotta esclusione della configurabilità - nel caso della diffamazione online - dell’aggravante speciale posta per il delitto di diffamazione a mezzo stampa, ovvero radiotelevisione, deriva altresì l’inapplicabilità alla ipotesi di specie della relativa disciplina contemplata dagli artt. 57 e 57 bis c.p., i quali prevedono l’attuazione di una corresponsabilità per

l'omesso controllo sulla pubblicazione in capo al direttore editoriale, ovvero anche al vicedirettore responsabile (per la stampa periodica), nonché all'editore, ovvero anche allo stampatore (per la stampa non periodica), nelle ipotesi in cui tali soggetti non abbiano esercitato il dovuto sindacato di legittimità sui contenuti pubblicati mediante lo stampato.

A ben vedere, tuttavia, l'esclusione dello speciale regime introdotto per il reato di diffamazione a mezzo stampa non comporta affatto il venir meno della responsabilità (civile e penale) dell'autore del messaggio diffamatorio per l'illecito realizzato. Il G.u.p. di Oristano, nella motivazione del richiamato provvedimento, correttamente afferma in tal senso che Internet rientra tra queglii "altri mezzi di pubblicità" cui fa riferimento il terzo comma dell'art. 595 c.p., e che pertanto tale fattispecie è applicabile anche all'universo telematico. La richiamata norma dettata dall'art. 595 c.p. – come sottolineato dalla dottrina⁷¹ – ha struttura sostanzialmente aperta : "si possono facilmente comprendere (...) tutte quelle comunicazioni che siano semplicemente accessibili ad una quantità indeterminata di utenti, in quanto mezzi che hanno una destinazione non limitata ad un ambito meramente privatistico e circoscritto di soggetti individuabili. Fra queste, sembra, dunque, senz'altro possibile includere (...) anche i servizi di news e le mailing-list c.d. aperte, più generalmente le pagine world wide web, ed in genere tutti i servizi informativi aperti all'accesso di categorie indeterminate di utenti".

Tornando quindi ai profili più strettamente inerenti le ipotesi di diffamazione a mezzo Internet, al fine di enucleare una eventuale responsabilità (autonoma o concorrente) del provider medesimo per il contenuto diffamatorio delle informazioni immesse da terzi sul web, è necessario ricercare in via preliminare la eventuale ricorrenza di specifiche ipotesi nelle quali sia imposto al provider un positivo dovere di controllo sulle informazioni introdotte online. A tal fine, è opportuno tenere ben distinte le diverse attività eventualmente esercitate dall'Internet service provider.

Un provider di servizi Internet - come nel caso di Goggle Video Italia srl - può limitarsi, infatti, a fornire l'hosting di alcuni spazi web, ovvero può fornire direttamente egli stesso un servizio online di banca dati organizzato con informazioni ordinate criticamente (un esempio di tale attività è dato dal portal providing). Come facilmente intuibile, il provider sarà dunque direttamente responsabile dell'illecito civile perpetrato

⁷¹ Vedi PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in Dir. Inf. 1999, 288.

mediante il messaggio lesivo (nonché eventualmente imputabile del relativo reato in sede penale) nell'ipotesi in cui sia egli stesso il fornitore delle informazioni contenute nel server, ovvero ancora assuma le vesti di catalogatore ed organizzatore (anche in veste di moderatore) delle svariate informazioni ricevute dagli utenti.

Nei casi da ultimo ipotizzati - prescindendo, pure, dall'aspetto strettamente penale della fattispecie — la responsabilità extracontrattuale del provider per il contenuto del sito web deriva dalla violazione di un preciso obbligo giuridico di attivarsi allo scopo di prevenire il danno. Detto dovere - come già affermato - trova altresì la sua fonte di giustificazione nei principi generali espressi dall'ordinamento giuridico in materia di correttezza e buona fede nell'esercizio della attività di impresa (art. 41 Cost.), come coordinati con il principio del *neminem laedere*. Dall'analisi della consolidata giurisprudenza civile e penale pubblicata in materia⁷² di controllo sulla attendibilità della notizia, si evince il principio secondo il quale, ai fini della esclusione di colpa nell'attività di diffusione delle informazioni, occorre che l'agente abbia esaminato, controllato e verificato, in termini di adeguata serietà professionale, la notizia diffusa in rapporto all'affidabilità della relativa fonte dell'informazione.

Dall'esame dei richiamati principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di diffamazione a mezzo stampa, ovvero di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per l'attività di fornitura di informazioni commerciali, emerge inoltre che pur non potendosi richiedere all'organo responsabile (e quindi, per fare un esempio, al direttore di una rivista) una veridicità assoluta della notizia, si deve quantomeno pretendere la diffusione di informazioni serie e non superficialmente raccolte.

Tali principi - è bene ribadirlo ancora una volta - possono operare, in relazione alla diffamazione a mezzo internet, in tutte quelle ipotesi (peraltro abbastanza limitate) nelle quali il provider abbia provveduto ad avvalersi dell'opera di un "moderatore" nella gestione di uno spazio web, ovvero ancora si sia determinato a gestire in proprio, divulgandole, informazioni contenute in apposite banche dati online. E' in tal senso da escludersi -come in precedenza affermato — il ricorso ai suddetti parametri di valutazione della responsabilità del provider nella eventualità in cui il *provider* stesso si sia soltanto limitato a locare ad altri uno spazio web senza entrare nella gestione diretta, ovvero nella organizzazione delle informazioni immesse in Internet dai terzi.

⁷² *Ex plurimis* si veda: Cass. Pen. 28 luglio 1992, in *Giur. it.* 1993, II,508.

Nelle ipotesi da ultimo indicate (ossia in quelle che riguardano la mera locazione dello spazio web) va conseguentemente negato che in capo all' *hosting provider* possa ritenersi sussistere un positivo dovere di controllo sulle informazioni immesse in Rete dai terzi e che, pertanto, sia possibile ipotizzare una sua (del *provider*) eventuale corresponsabilità nell'illecito compiuto dall'agente.

A tale conclusione deve necessariamente pervenirsi, in quanto (come noto) le cause di responsabilità oggettiva (anche in materia civile) costituiscono un *numerus clausus* e devono - al fine di poter essere applicate dal giudice - individuarsi tassativamente nelle ipotesi codificate dal Legislatore. Per determinare la responsabilità concorrente del *provider* occorrerà dunque qualcos'altro: più precisamente, sarà necessaria la prova (concreta o presunta) della consapevolezza del *provider* di aver contribuito, con la sua condotta omissiva, alla realizzazione ovvero al mantenimento online dell'illecito.

6. Accenni in materia di diffamazione a mezzo Internet in violazione al diritto all'oblio su Internet.

I motori di ricerca rendono possibile una costante ricerca sulle perone fisiche e giuridiche anche con riguardo a situazioni per le quali il lasso di tempo trascorso renderebbero più difficile la possibilità di ricordare eventi anche sconvenienti all'interessato, che avrebbe maturato al riguardo il "diritto all'oblio", le cui caratteristiche sono già state annunciate dalla giurisprudenza ⁷³: in sede giurisprudenziale è stato, infatti, riconosciuto fra i diritti della personalità altresì il diritto all'oblio. Tale diritto è nell'interesse sia delle persone fisiche che delle persone giuridiche affinché sia tutelata la propria reputazione, e soprattutto affinché la propria reputazione non resti esposta a tempo indeterminato alla mercé di lesioni conseguenti alla ripubblicazione di una notizia, anche se in passato era stata ritenuta legittima, in quanto giustificata dall'esercizio del diritto di critica o di cronaca. Appare dunque

⁷³ Vedi al riguardo il Tribunale di Roma, sent. 15 maggio 1995, che " *la ripubblicazione, dopo circa trent'anni dall'accaduto, di un grave fatto di cronaca nera, con fotografia del reo confesso, a fini di mera promozione commerciale, costituisce diffamazione a mezzo stampa ed obbliga l'editore del quotidiano al risarcimento del danno morale, trattandosi di notizia priva di pubblico interesse e perciò inidonea ad integrare gli estremi del legittimo esercizio del diritto d'informazione e di cronaca*" (Trib. Roma 15 maggio 1995, in *Foro it.* 1998, 76, con nota di LAGHEZZA). Nella fattispecie un ex condannato per omicidio, dopo avere scontato 30 anni di carcere, viene menzionato su un periodico a diffusione nazionale a fini commerciali. Sul diritto all'oblio e sulle tecniche di tutela, NAPOLETANO, *il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)* (Nota a Trib. Roma 15 maggio 1995), in *Dir. inf.*, 1996, 427 – 436, citata in CHINDEMI D., *Diffamazione a mezzo stampa (radio-televisione-Internet)*, Milano, 2006, 184

necessario contemperare l'interesse pubblico alla riproposizione di notizie già "notiziate" da diverso tempo ed il diritto alla privacy, che trova nella fattispecie una maggiore protezione rispetto al diritto di cronaca di avvenimenti e situazioni giuridiche "datate", la cui nuova diffusione può trovare una giustificazione sulla scorta di fattispecie i che rendano di pubblico interesse la loro nuova pubblicazione⁷⁴.

Si è infatti consolidato il principio giurisprudenziale che non è possibile riproporre una volta che sia trascorso un certo lasso di tempo, allorquando non esiste più il diritto di cronaca, notizie lesive della reputazione e dell'onore di una persona fisica o giuridica, in mancanza di ulteriori elementi che ne giustifichino la diffusione⁷⁵. Spesso le notizie sulle persone vengano ricercate su Internet, sia per conoscere l'attività professionale svolta, sia per aspetti riguardanti la dimensione sociale del soggetto ed il diritto all'oblio potrebbe essere violato a seguito della conoscenza da parte del navigatore in Internet di situazioni o fatti verificatisi anche a notevole distanza di tempo. Il permanere sui siti web di notizie che non siano più attuali o che siano superate divenuto per la giurisprudenza una lesione ad un nuovo diritto della personalità, il cd. diritto all'oblio.

“Sussiste, inoltre, il diritto del singolo alla eliminazione delle informazioni, anche se corrette, astrattamente lesive del diritto della personalità e dell'onore e della reputazione, dopo un determinato arco temporale che potrebbe coincidere - in mancanza di previsione legislativa, ai fini della tutela risarcitoria civilistica ex art. 2043 c.c. - col termine ordinario di prescrizione (dieci anni). Nessuna disciplina nazionale o internazionale prevede limiti alla permanenza di notizie sul Web e l'obbligo di aggiornamento delle notizie stesse. Trattasi di una grave lacuna normativa che incide profondamente sui diritti soggettivi dei cittadini ed in particolare sui diritti della personalità, garantiti e tutelati dall'art. 2 Cost.. Occorre trovare una soluzione unitaria su base internazionale, vista la diffusione su base mondiale di Internet, non potendo tale

⁷⁴ Il diritto all'oblio è stato compreso nel diritto alla riservatezza da FERRI G. B., *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in Riv. dir. civ. 1990, 801; CASSANO G., *il diritto all'oblio esiste: è diritto alla riservatezza* (nota a Trib. Roma 15 maggio 1995), in *il diritto di famiglia e delle persone* 1998,76-94. Vedi anche LEOTTA F., *Diritti della persona e nuove tecnologie informatiche*, in *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, a cura di Cassano G., Milano, 2001, 169 ss..

⁷⁵ E' stata giudicata diffamatoria la notizia sulla incriminazione di un soggetto per fatti di mafia, avvenuta sei anni prima della pubblicazione, avendo nell'articolo il giornalista non riportato l'avvenuta archiviazione del procedimento penale a carico dell'imputato in questione; sul punto vedi Corte Cass., sez. I pen., sentenza 9 aprile 1998, n. 3679, riportata altresì in CONTALDO A., DI FABIO P., *Giornalismo on line. Responsabilità e norme per il newsmaking fra Internet e multimedialità*, Roma, 2001, 92...

complessa questione trovare alcuna valida soluzione né a livello nazionale, né comunitario ove si pensi che la sede legale dei vari server è sovente in altri Continenti in cui diversa è la normativa in materia di diffamazione e di diritti della personalità”⁷⁶. Nell’ordinamento giuridico italiano esiste pertanto un vero e proprio diritto soggettivo che consente la tutela della dimensione individuale e sociale rispetto a notizie che siano superate da ulteriori fatti giuridici; tuttavia la celebrità o la notorietà del singolo rendono lecita la divulgazione di fatti “superati” purché collegati con l’attività svolta al momento della diffusione della notizia.

Nuove problematiche pongono i motori di ricerca in Internet⁷⁷, quanto consentono la lesione del diritto all’oblio di una persona fisica o giuridica, anche se la tutela non potrà essere in sede penale bensì in quella civile, ai sensi dell’art. 2043 c.c., con il conseguente onere della prova a carico del danneggiato. “Per escludere la responsabilità risarcitoria del gestore del sito è necessaria la dimostrazione da parte dello stesso che, nonostante l’obiettivo esistenza di tale pericolo o “insidia informatica”, l’utente fosse soggettivamente in grado di prevederla o evitarla, segnalando al gestore del sito o del motore di ricerca la notizia dannosa”⁷⁸. Inoltre in mancanza di giurisprudenza non è chiaro se possa trovare applicazione la presunzione di responsabilità di cui all’art. 2051 cc. anche nei confronti del motore di ricerca o del titolare della pagina Web, la quale per giurisprudenza consolidata ha natura oggettiva, e configura comunque una presunzione di responsabilità con inversione dell’onere della prova, poiché il titolare della pagina Web ha la concreta possibilità di controllo anche periodico delle notizie pubblicate, ed “ha il potere discrezionale di vigilanza e controllo delle notizie diffuse sul sito ed il titolare è obbligato a verificare che le notizie pubblicate sul sito, ove datate e non aggiornate, non siano lesive di diritti per i soggetti coinvolti, con conseguente responsabilità anche ex art. 2051 cc.”⁷⁹.

7. Questioni di giurisdizione e competenza per le azioni a tutela dei diritti violati online.

⁷⁶ Così CHINDEMI D., *op. et loc. supra cit.*, 187.

⁷⁷ Vedi al riguardo SAMMARCO P., *Motore di ricerca, nuovo bene della società dell’informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, 2006, 622 ss..

⁷⁸ Ancora CHINDEMI D., *op. et loc. supra cit.*, 189.

⁷⁹ *Ibidem*

Tra le problematiche più complesse affrontate dalle corti italiane sicuramente spiccano quelle di ordine procedurale, con particolare riferimento alla individuazione della competenza⁸⁰ per territorio del giudice chiamato a pronunciarsi su un fatto illecito compiuto in rete. L'incertezza investe direttamente l'applicazione dell'art. 20 c.p.c. relativo al giudice territorialmente competente, da individuare "nel luogo dove è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione", in alternativa a quello del foro generale delle persone fisiche e giuridiche fissato dagli artt. 18 e 19 c.p.c. . E' evidente infatti che, in caso di illecito extracontrattuale, proprio la capillare diffusione di Internet e di qualunque informazione immessa in rete potrebbero creare incognite relative alla individuazione del giudice competente, e ciò è in netto contrasto con il dettato dell'art. 25 Cost. secondo cui "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge". Tale divieto nasce da una ben precisa necessità: ciascun individuo deve conoscere preventivamente il giudice dal quale sarà giudicato onde evitare tra l'altro alle parti la possibilità di scegliere arbitrariamente il foro a loro più favorevole. Per stabilire, allora, il luogo in cui può considerarsi sorta l'obbligazione *ex delicto*, saranno necessarie alcune brevi riflessioni che tengano conto sia della peculiare natura del fatto illecito, sia dei suoi due elementi essenziali: l'azione illecita e l'evento dannoso. Mentre da un lato è pacifico estendere la disciplina dettata dall'art. 20 c.p.c. anche alle obbligazioni nascenti da fatto illecito, non sempre risulta così facile individuare il *locus commissi delicti* quando questo discenda da uno "sdoppiamento" tra il luogo nel quale si è verificato il comportamento antiggiuridico ed il luogo in cui si è manifestato il danno.

In tal caso, sarà infatti necessario verificare se i detti elementi abbiano o meno la capacità di radicare la competenza nel foro in cui si sono verificati, o se viceversa sia possibile far prevalere uno solo di tali aspetti. Siffatto dibattito rimane ancora aperto sia in dottrina che in giurisprudenza, dove vi è un corposo orientamento che ha il suo nucleo essenziale nel ritenere che la competenza può essere attribuita al giudice del luogo in cui si è verificata la fattispecie dannosa; anzi, se l'azione od omissione e il danno si sono verificati in più luoghi, ognuno di essi viene a costituire un foro concorrente in via alternativa a scelta dell'attore. Tale soluzione non ha trovato unanimi consensi tra i giuristi, preferendosi ritenere, al contrario, che l'elemento necessario affinché sorga l'obbligazione sia l'esistenza del danno, evento questo essenziale anche

⁸⁰ Vedi SEGRE' T. , voce *Competenza civile*, in *Novissimo dig.*, appendice II, Utet Torino, 1980, 100.

per il radicamento della competenza. Le riflessioni e considerazioni sopra riportate sono alla base anche di una serie di pronunce sul tema dell'illecito a mezzo Internet che, ad oggi, rappresentano sicuramente un momento di riflessione per giuristi ed operatori del diritto.

Iniziamo allora il nostro excursus storico dalla rivoluzionaria ordinanza emessa dal Tribunale di Cagliari il 28 febbraio 2000⁸¹, con la quale viene affermato il principio, in netto contrasto con il dettato costituzionale, per cui ogni tribunale situato sul territorio nazionale è competente, e può comunque essere adito in caso di controversie aventi ad oggetto illeciti compiuti a mezzo Internet. La corte isolana, infatti, chiamata a dirimere una controversia in tema di illecito extracontrattuale, nel cui ambito deve ricomprendersi l'azione di concorrenza sleale, ha decretato che in presenza di condotte illecite consumate attraverso la rete Internet - le cui pagine sono accessibili da qualunque luogo — “la lesione del diritto deve considerarsi verificata in tutti i luoghi in cui la divulgazione avviene”. Così che il giudice territorialmente competente a decidere, a norma dell'art. 20 c.p.c., è “con riferimento al locus commissi delicti, il giudice di ciascun luogo in cui si è verificata la divulgazione medesima, idonea a pregiudicare l'altrui diritto”.

Di tenore diametralmente opposta, ma non certamente risolutiva della questione, è invece la decisione del Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Pozzuoli, del 27 febbraio 2002⁸², che individua in una fattispecie molto vicina alla precedente quale foro alternativo a quello generale ai sensi del citato art. 20 c.p.c. quello dove il convenuto svolge la propria attività pregiudizievole consistente nella produzione dei beni commercializzati, via internet, con marchio illegittimo⁸³.

Nonostante lo sforzo ermeneutico dei giudici campani nell'individuare un foro alternativo a quello degli artt. 18 e 19 c.p.c., questi giungono a far coincidere il “locus commissi delicti” proprio con il domicilio dell'impresa convenuta, vanificando così la ricerca di una soluzione alternativa. Più di recente sul punto si è pronunciato anche il Tribunale di Verona con ordinanza del 18 dicembre 2000⁸⁴, in tema di contraffazione di marchio, avvenuta mediante utilizzazione indebita di un nome a dominio. La corte scaligera, attraverso un excursus tecnico-giuridico, respinge la richiesta dell'istante per

⁸¹ La sentenza è pubblicata in *Nuova Giur. civ.* 2000, I,535.

⁸² La sentenza è pubblicata in *Giur. napoletana* 2002, 181.

⁸³ Si veda FAZZINI M., *Il diritto di marchio nell'universo di Internet*, in Aida 1998, 600.

incompetenza territoriale, adducendo che il comportamento da reprimere e la conseguente instaurazione del giudizio vanno individuate nel luogo nel quale si è perpetrata la violazione (*forum commissi delicti*) indicando tale luogo come quello in cui il sito internet stesso viene gestito in senso tecnico del resistente⁸⁵.

A nostro modo di vedere tale pronuncia, sebbene certamente mossa dai migliori intenti, non può che creare una serie di perplessità e dubbi, peraltro non facilmente fugabili. L'individuazione del luogo "di gestione di un sito", infatti, è operazione alquanto ardua, non essendo per forza di cose identificabile con la sede legale dell'azienda o con la residenza ed il domicilio di una persona fisica. In ogni caso poi la pronuncia non raggiunge il proprio scopo, infatti non inibisce la possibilità di utilizzare la pratica del forum shopping da parte del danneggiante che potrebbe, in vista di un futuro giudizio, trasferire la postazione per l'invio dei dati in rete, rendendo ancora più aleatoria qualsiasi ricerca.

La lettura dell'ordinanza evidenzia infine un altro dato importante: al fine della individuazione del foro competente, per i giudici veronesi, sarà necessaria anche la sola presunzione relativa al luogo nel quale il sito è gestito. Tali dati non possono che riconfermare, ove ve ne fosse la necessità, le difficoltà di approccio ad un nuovo mezzo, quale è Internet, che ha rivoluzionato in pochi anni dogmi quali la temporalità e la territorialità del diritto. Proprio da tali inconfutabili certezze parte l'approccio alla questione del Tribunale di Lecce del 24 febbraio 2001⁸⁶, che ha affrontato con estrema lucidità il problema del *forum commissi delicti*, cercando di non ricadere negli stessi errori commessi dagli altri giudici chiamati a decidere su un aspetto così delicato e carico di conseguenze per il processo civile.

Il ragionamento si snoda su vari piani. Vengono preliminarmente individuati i fori competenti ai sensi dell'art. 20 c.p.c., costituiti pertanto dal "luogo dove la notizia viene immessa nel circuito telematico e/o diviene per la prima volta pubblica e perciò idonea a

⁸⁴ La sentenza è pubblicata in *Giur. di merito*, 2001,914.

⁸⁵ Con riguardo al diverso reato di cui all'art. 600-ter, comma 3, c.p., commesso attraverso l'invio di immagini vietate tramite la rete Internet, secondo la giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 2 marzo 2001 in *Foro ambrosiano*, 2001, 473) la fattispecie delinea un reato istantaneo, che si consuma con la digitazione del comando di invio del computer essendo in questo momento che il materiale viene immesso in rete e giunge ai potenziali destinatari, in quanto il legislatore ha chiaramente inteso anticipare il momento di tutela giuridica accordata al bene. Ciò comporta che il *locus commissi delicti* deve essere individuato per l'appunto nel luogo in cui si assume che l'indagato abbia digitato il comando di invio del computer.

⁸⁶ La sentenza è pubblicata in *Vita notar.* 2001, 683, con nota di CASSANO G.

pregiudicare l'altrui diritto" o dal "luogo dove l'autore del danno ha la residenza o il domicilio". Tale ultima ipotesi, sebbene coincidente con quella dei fori generali, non viene scartata, ma utilizzata come criterio residuale nel caso non si riuscissero a reperire elementi atti ad individuare il "luogo di emissione dei dati".

Tutto ciò, al fine di rendere certo il foro del locus commissi delicti. E da chiedersi, allora, se il "luogo dove la notizia (...) diviene per la prima volta pubblica e perciò idonea a pregiudicare l'altrui diritto" non venga a coincidere con il luogo "nel quale si manifesta la lesione del diritto", così come sancito dal Tribunale di Cagliari. Il Tribunale salentino, consapevole che tale criterio contrasterebbe con il già citato art. 25 Cost. che indica quale giudice naturale quello precostituito per legge, critica velatamente tale ragionamento ritenendolo pertanto inattuabile. Inoltre, rileva l'impossibilità "almeno di regola" di stabilire con certezza il "luogo in cui i messaggi vengono introdotti in rete", criterio utilizzato dai giudici veronesi.

L'unica soluzione, a quanto pare, sembra quella di individuare un "criterio oggettivo unico", coincidente – secondo i giudici leccesi - con il luogo dove si trova il server sul quale sono caricate le pagine che compongono il sito contenente le dichiarazioni diffamanti. Peraltro, in via residuale, nel caso in cui tale profilo non sia sufficientemente certo e/o chiaro, si opta invece per il foro del domicilio o della residenza del danneggiante.

Comunque il detto ragionamento non sembra del tutto condivisibile, essendosi la diffamazione realizzata a mezzo di un newsgroup della gerarchia «.it» e non attraverso una pagina web caricata solo ed esclusivamente su un server sul quale è allocato un sito web. Nel caso di specie, infatti, l'illecito si è realizzato attraverso l'inserimento di un messaggio diffamatorio su un forum di discussione della rete Usenet e visualizzato semplicemente su un *gateway* quale quello di Mailgate.it. Il news-server di Mailgate.it ha il solo compito di acquisire, visualizzare e conservare una copia del messaggio inviato, ed utilizzare particolari procedimenti tecnici per sincronizzare i dati immessi sulle sue macchine, in modo che da qualsiasi news-server allocato nel mondo che ospiti quell'area di discussione destinataria dell'intervento degli utenti, possano essere consultati i messaggi di più recente inserimento. Tale funzione, però, non viene svolta in esclusiva solo da questa società della net economy, ma da tutte le aziende che ne

hanno le potenzialità tecniche, ne fanno richiesta ed usino server specializzati per acquisire e memorizzare i dati e le informazioni assunte.

Pertanto i diversi server gestiti dagli altri operatori nel momento di inserimento del thread diffamatorio hanno memorizzate sul proprio hard disk le stesse identiche informazioni. Anche il criterio seguito dal Tribunale salentino purtroppo, sebbene ricco di ottimi spunti dottrinari, ha il demerito di aver confuso, sotto il profilo prettamente tecnico, il server sul quale vengono memorizzati i messaggi lasciati su un gruppo di discussione gestito da una azienda o da un privato con i news-server utilizzati per la acquisizione e gestione dei thread dalla rete Usenet.

Se, quindi, alla luce di quanto appena asserito seguissimo fino in fondo il ragionamento del tribunale leccese, arriveremmo alla conclusione che il ricorrente sarà lasciato sempre e comunque libero di decidere il foro competente da adire, a seconda di dove ritiene più o meno in buona fede, essere allocato il news-server incriminato. Nel caso poi in cui volessimo spingerci più in profondità e ritenessimo comunque competente il giudice del luogo in cui il messaggio diffamatorio è stato memorizzato per la prima volta sul news-server, andremmo a cozzare e a dover risolvere gli stessi identici problemi evidenziati nella decisione del Tribunale veronese del 18 dicembre 2000 (la difficoltà di individuazione).

Resta da chiedersi allora quale possa essere la soluzione che dia maggiori garanzie di giustizia nella scelta del foro competente⁸⁷ in caso di illecito perpetrato attraverso Internet, senza venire a scontrarsi con il dettato normativo. In proposito vale la pena allora ricordare l'ordinanza del Tribunale di Messina del 6 novembre 2000⁸⁸, emessa a seguito di ricorso d'urgenza, avente ad oggetto un caso di concorrenza sleale realizzata a mezzo del sistema telematico (rete Internet). Secondo la corte siciliana, il foro alternativo, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., è da individuarsi nel luogo dove si sono verificati gli atti lesivi o i conseguenti effetti sul mercato. Nel caso di specie, quindi, risulta in maniera ineluttabile che il forum commissi delicti coincide con il luogo dove si svolge l'attività del ricorrente.

⁸⁷ Si veda anche BOROCCI S., *Internet e e-commerce. Nuovi profili di concorrenza sleale: la vendita di parole chiave*, in *Resp. com. imp.* 2001,109.

⁸⁸ La sentenza è pubblicata in *Foro it.* 2001, I,2032, con nota di DI CIOMMO F..

7.1. Segue: due principi (fermi) dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte⁸⁹ ha già stabilito che il giudice italiano è competente a conoscere della diffamazione mediante l'inserimento nella rete telematica (Internet) di frasi offensive e/o immagini denigratorie, anche nel caso in cui il sito web sia stato registrato all'estero e purché l'offesa sia stata percepita in Italia. Invero, in quanto reato di evento⁹⁰ la diffamazione si consuma al momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa. Per una più agevole lettura del provvedimento adottato dalla Cassazione, riassumiamo anche in questo caso brevemente la questione.

Mercé l'utilizzazione di un sito Internet presente su di un server ubicato all'estero, veniva consumato un reato di diffamazione nei confronti di un soggetto italiano. Il giudice interno, investito del procedimento su querela di parte, dichiarava la propria incompetenza a conoscere del reato in oggetto, per il sussistente difetto della giurisdizione italiana. La relativa questione - a seguito di ricorso da parte del p.m. - giungeva pertanto all'esame della Suprema Corte di Cassazione, la quale - con sentenza - provvedeva a cassare la decisione presa dai giudici di merito, sulla base delle seguenti argomentazioni. Sotto un primo profilo e preliminarmente, deve osservarsi come nella motivazione della riferita sentenza della Suprema Corte sia stato ribadito — con la maggiore autorevolezza derivante dal rango dell'organo investito - quanto già affermato da parte del Tribunale di Oristano, in ordine alla inapplicabilità dell'art. 13 l. n. 47 del 1948 (diffamazione a mezzo stampa) nei casi di diffamazione commessa *online*⁹¹.

Tale conclusione adottata dalla Suprema Corte si fonda anch'essa, come quella (già esaminata) emessa dal G.u.p. di Oristano, sull'espresso richiamo al divieto di interpretazione analogica in *malam partem*, vigente in materia penale. Sotto un secondo aspetto, appare degno di grande rilievo il ragionamento effettuato dalla Cassazione al fine di radicare la giurisdizione del Giudice italiano, in ordine alle ipotesi di diffamazione di cittadini italiani realizzate mediante server Internet situati all'estero.

⁸⁹ Corte Cass., I sez. pen., sentenza 27 dicembre 2000, n. 4741, in Riv. Pen. 2001, 156.

⁹⁰ Vedi al riguardo GALDIERI P., *op. et loc. supra cit.*

⁹¹ Lo stesso principio è ribadito anche nella sentenza d'appello del Tribunale di Roma, 11 gennaio 2001, in relazione alla riproduzione mediante sito Internet appartenente ad una testata editoriale di un articolo diffamatorio, in *Dir. Inf.* 2001, 31 ss..

Precisa a questo riguardo la Suprema Corte che - contrariamente a quanto sostenuto dallo stesso P.m. ricorrente - la diffamazione non deve considerarsi un “reato istantaneo”, ma è invece da ritenersi un “reato di evento”, laddove l’evento va inteso realizzato se e quando si sia verificata la percezione dell’espressione offensiva da parte di una pletera di soggetti. Di conseguenza – prosegue la Corte – il reato di diffamazione online si consuma nel territorio della Repubblica ogni qual volta una pluralità di cittadini italiani sia stata posta in grado - attraverso la Rete - di conoscere il contenuto del messaggio diffamatorio, radicandosi in tal modo - in virtù del secondo comma dell’art. 6 c.p. - la competenza giurisdizionale italiana.

Alla luce delle riferite conclusioni adottate dalla Cassazione, si pongono nuovi problemi estremamente delicati nelle ipotesi in cui: “1) gli effetti negativi di una medesima condotta si manifestano in più Paesi, con la conseguenza che lo stesso soggetto possa essere chiamato a rispondere del medesimo reato di fronte ad autorità giudiziarie appartenenti a Stati diversi (rischio possibile poiché in ambito Internazionale non vige il principio del *né bis in idem*); 2) parte della condotta o dell’evento si realizzi in un Paese dove il fatto non sia previsto dalla legge come reato”⁹².

Al fine di individuare un sistema mediante il quale risolvere il possibile conflitto di giurisdizione tra vari Paesi astrattamente investiti a decidere della controversia, nella ipotesi di illeciti commessi online la giurisprudenza statunitense ha elaborato due criteri alternativi. Merita dunque un breve cenno comparativistico l’analisi di questi principi. Il primo criterio è quello del c.d. *minimum contact*, in ragione del quale viene riconosciuta la competenza giurisdizionale a conoscere di un reato online, sulla base dell’avvenuto “contatto telematico” da parte di un numero significativo di utenti (*rectius* “minimo”) residenti in quel determinato Paese. Il secondo criterio di risoluzione dei conflitti di giurisdizione, detto del *most significant interest*, è basato invece sulla prevalenza dell’interesse avanzato da un determinato Paese a giudicare dell’illecito, rispetto all’interesse di cui è portatore il Paese ove l’illecito stesso è stato “materialmente” realizzato (con la immissione delle informazioni online)⁹³.

Tralasciando in questa sede gli aspetti (solo accennati) di stretto diritto penale “internazionale” - che esulano probabilmente dall’ambito della presente trattazione - per

⁹² Vedi al riguardo GALDIERI P., *Il momento di consumazione del reato scatta con la percezione dell’offesa*, in *Guida Dir.*, 2001, n. 3, 78 ss..

quanto più da vicino ci interessa rilevare, occorre invece approfondire l'esame dei principi di diritto emergenti dalla motivazione della sentenza di legittimità appena riportata. Si è accennato al problema relativo la individuazione del momento di realizzazione del reato di diffamazione nelle ipotesi di illecito perpetrato a mezzo Internet. Sul punto, occorre ora far presente l'esistenza di contrasti interpretativi in dottrina circa l'ampiezza del richiamato principio (affermato dalla Suprema Corte) della percezione del messaggio lesivo - paradigmatico ai fini della individuazione del giudice competente a conoscere del reato - consistente nella percezione da parte di una pluralità di individui della espressione offensiva.

Il problema giuridico che si è posto agli interpreti del diritto, a seguito della riferita pronuncia della Suprema Corte, è stato dunque quello di valutare se l'illustrato principio potesse valere al solo fine di individuare l'eventuale riconoscimento della giurisdizione italiana ovvero se esso potesse applicarsi anche ai fini della determinazione della competenza territoriale interna⁹⁴. Argomentando sulla base del secondo comma dell'art. 6 c.p., si è sostenuto che il suddetto principio espresso dalla Corte di Cassazione trova il proprio fondamento in quell'interesse alla repressione dei reati che rinviene — a sua volta — la propria giustificazione solo nell'ambito del diritto penale internazionale.

Sulla base di un tale procedimento ermeneutico si è quindi giunti ad affermare che il criterio della percezione del messaggio lesivo, quale paradigma da utilizzarsi ai fini della individuazione del giudice competente a conoscere del reato, possa valere al solo fine di radicare la giurisdizione del giudice italiano rispetto a quello straniero, ma non possa invece valere ad individuare la competenza interna tra due o più giudici italiani territorialmente competenti.

Altro problema giunto all'attenzione della Suprema Corte⁹⁵ riguarda l'individuazione del momento di verifica del danno, in quanto rilevante ai fini dell'azione risarcitoria, nonché dell'art. 20 c.p.c. . La Corte, investita della suddetta questione ad opera della ricorrente, procedeva dunque nel proprio iter argomentativo ripercorrendo brevemente le tappe dogmatiche adottate dalla consolidata giurisprudenza di legittimità

⁹³ Sulla questione vedi ancora GALDIERI P., *op. e loc. cit.*, vedi anche ZICCARDI G., *Diffamazione online: criteri di individuazione del luogo del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, n. 2, 345.

⁹⁴ Si veda CASSANO G., SISTO G., *Competenza territoriale per la diffamazione commessa attraverso Internet*, in *Dir. Inf.*, 2001, 721.

⁹⁵ Vedi Corte Cass., I sez. Civ., (ord.) 8 maggio 2002, n. 6591, in *Arch. Civ.*, 2003, 307, nonché in *Danno e resp.* 2002, 822, con nota di CASSANO G., BUFFA F..

in materia di diffamazione a mezzo stampa. Sulla base della citata giurisprudenza passata in rassegna dalla Corte, si sostiene - come riportato nella motivazione del provvedimento - doversi ritenere territorialmente competente a decidere della controversia nella citata materia a norma dell'art. 20 c.p.c. alternativamente il giudice del luogo ove il quotidiano è stampato e dove la notizia diviene per la prima volta pubblica (il c.d. *forum commissi delicti*), ovvero il giudice del luogo ove il danneggiante ha la residenza oppure il domicilio (il c.d. *forum destinatae solutionis*).

Ultimato brevemente un tale excursus storico negli orientamenti espressi dalla Corte riguardo il reato di diffamazione a mezzo stampa, la Cassazione giunge tuttavia ad affermare che i suddetti principi di individuazione della competenza posti in relazione alla stampa non possono trovare applicazione alle ipotesi di diffamazione a mezzo Internet, stante il fatto che la immissione in Rete, cui astrattamente dovrebbe farsi riferimento ai fini della individuazione del *forum commissi delicti*, non costituisce ancora luogo di produzione dell'evento, ossia dell'offesa alla reputazione, la quale - sostiene la Corte - si avrà solo allorché i "navigatori di Internet" entreranno nel sito web contenente le notizie diffamatorie, ovvero leggeranno la comunicazione lesiva apparsa su di un determinato *newsgroup*.

L'ordinanza della Cassazione distingue tra il danno subito da una persona umana - come nell'offesa alla reputazione personale, ove il danno è contestuale all'evento - dal danno alla reputazione professionale della persona fisica ovvero al danno comunque subito dalla persona giuridica⁹⁶, ove il luogo del danno non coincide necessariamente con il luogo dell'evento⁹⁷. Riconosciuta una tale diversità di perfezionamento della fattispecie tra la diffamazione a mezzo stampa e quella realizzata mediante sito Internet quanto al momento di produzione dell'evento, i giudici della Suprema Corte provvedevano pertanto ad affermare che la sola idoneità della notizia a ledere l'altrui

⁹⁶ Vedi al riguardo GIULIANI A., *La tutela aquiliana della reputazione economica*, in *Contratto e impr.* 1985,73.

⁹⁷ In tema, peraltro, deve segnalarsi il "cambio di rotta", in tema di diffamazione televisiva. Cfr. Cass. Civ. 1 dicembre 2004, n. 22586, in *Corr. Giur.* 2005, 639, secondo cui, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente per un'azione di risarcimento danni, il *locus commissi delicti* quale luogo ove l'obbligazione risarcitoria sorge ex art. 20 c.p.c., è quello dove si produce il danno che è conseguenza del fatto lesivo ed in assenza del quale il fatto lesivo medesimo non può dar luogo ad una pretesa risarcitoria: in caso di diffamazione commessa tramite un mezzo di comunicazione di massa, *locus commissi delicti* deve essere considerato non lo studio televisivo - nel quale si realizza il programma e che costituisce unicamente il luogo ove si consuma l'illecita lesione del diritto alla reputazione-bensi il domicilio, quale sede principale degli affari e degli interessi del danneggiato e quindi

reputazione non può integrare “l’evento offensivo di per sé, poiché - si sostiene - detta idoneità dell’atto attiene ancora alla condotta e non all’evento”.

Tanto ciò è vero, sostiene la Suprema Corte richiamando la sentenza della quinta Sezione Penale n. 4741/2000 di cui sopra, che nel caso della diffamazione a mezzo Internet sono ipotizzabili sia il tentativo (l’evento non si verifica poiché il sito web non viene visualizzato da alcuno), sia il reato impossibile (l’azione è inidonea, perché ad esempio il messaggio non è mai stato immesso in rete). Logico corollario di un tale assunto avrebbe, pertanto, dovuto essere quello di considerare quale luogo in cui si verifica l’evento offensivo quello nel quale il primo cybernauta giunga a percepire la notizia diffamatoria. Una tale soluzione - ineccepibile da un punto di vista teorico, ma di difficile (se non impossibile) attuazione pratica - non trova tuttavia il favore della Corte, la quale volge allora la propria attenzione verso l’individuazione di altri criteri più consoni alla prassi applicativa della norma. Argomentando sulla base della differenza esistente tra danno-evento e danno-conseguenza si sostiene allora che il danno risarcibile, derivato a seguito di una diffamazione realizzata a mezzo Internet, diviene presumibilmente “concreto con riferimento agli effetti del discredito che derivano all’offeso danneggiato nel suo ambiente prima e più che altrove”. Del resto è sufficiente a far scattare la diffamazione anche la semplice visita di due utenti nel sito, non richiedendosi la prova che il visitatore abbia letto la specifica notizia, assumendo rilevanza il mero accesso al sito che ha divulgato la notizia, così come per la diffamazione a mezzo stampa non si richiede la prova che il lettore del quotidiano o periodico abbia letto la notizia diffamatoria. La prova della visita del sito da parte di utenti è facilmente accertabile in quanto quasi tutti i server, a fini commerciali, hanno la possibilità di accertare il numero di visitatori del sito, anche con cadenza giornaliera ed in tempo reale. Non può dunque negarsi - sostiene conclusivamente la Corte - che il luogo di residenza ovvero di domicilio dell’offeso sia astrattamente da ritenersi foro competente a conoscere della ipotesi criminosa. La sentenza in esame delimita, in altri termini, l’operatività del criterio del luogo del danno, facendo riferimento non già al luogo in cui si è verificato un danno per il diffamato, ma al luogo in cui l’attore normalmente subisce il maggior danno, cioè il luogo del domicilio del danneggiato (atteso che l’offesa alla reputazione è solitamente correlata all’ambiente economico e

luogo in cui presumibilmente si verificano gli effetti dannosi negativi, patrimoniali e non, dell’offesa alla

sociale nel quale l'offeso vive ed opera): in tal modo, il criterio di competenza guadagna efficacia selettiva del foro e si pone come valida alternativa al *forum destinatae solutionis*.

L'ordinanza della Cassazione in commento, invero, è particolarmente chiara nella distinzione tra evento e danno, e nell'attribuzione di rilevanza al danno per la determinazione del foro competente, distinguendo la competenza civile da quella penale (che invece prescinde dal danno e si ricollega all'evento, peraltro anche diversamente configurato, richiedendo la percezione di almeno due persone).

Ciò tuttavia non esclude una pluralità di fori tutti egualmente competenti: la stessa pronuncia osserva che nei principi previsti dall'art. 25 Cost. non vi è anche quello dell'unicità del giudice competente a decidere, ma solo quello della precostituzione di esso in base ad elementi oggettivi, e che la stessa previsione ex art. 20 c.p.c. di fori alternativi (la cui selezione è rimessa alla volontà del danneggiato) conferma la normale pluralità di fori tutti egualmente competenti.

La ricerca di un foro unico all'interno della norma di cui all'art. 20 c.p.c. (da aggiungersi quindi pur sempre agli altri previsti dal codice) è dunque operazione interpretativa deliberatamente scelta dalla Corte, ma non imposta né prevista dal sistema, e forse ingiustamente penalizzante per il danneggiato la cui libertà di scelta viene completamente soppressa.

Il criterio del domicilio infatti riposa su una presunzione che la Corte struttura implicitamente come assoluta, asserendo che il domicilio sia il luogo in cui il soggetto abbia subito il maggior danno, laddove invece, specie nella comunicazione telematica del mondo virtuale, i luoghi in cui la diffamazione telematica può aver causato danni⁹⁸ consistenti possono essere diversi dal domicilio e diffusi: si pensi ad esempio ai danni subiti dalla diffamazione di una e-firm, ossia di un'azienda virtuale che opera solamente in rete, in relazione alla quale il domicilio fisico del mondo reale può essere irrilevante (e magari creato solo per ragioni fiscali o di normativa applicabile, ecc.).

Il danneggiato, insomma, può avere talora interesse a chiedere il risarcimento dei danni subiti in un luogo diverso dal proprio domicilio, e magari in uno dei tanti luoghi in cui ha avuto un danno, ma la Corte, per l'adesione al "mito" del criterio unico di

reputazione.

⁹⁸ Sul punto CATULLO F.G., *Inserzioni diffamatorie su Internet*, in Dir. e econ. dei mezzi di comunicazione, 2004,155.

competenza e per una pretesa analogia con la diffamazione a mezzo stampa (che contraddice le stesse differenze con la stampa indicate dalla pronuncia), nega tale possibilità. E' finanche stato notato⁹⁹ come l'avverbio "verosimilmente", utilizzato nell'ordinanza in epigrafe, lascia aperta una questione ulteriore: può il danneggiato, caso per caso, provare che il danno prevalente si è concretizzato in un luogo diverso da quello del proprio domicilio, ovvero la presunzione che su di questo fa leva va considerata insuperabile? Se si risponde affermativamente al primo dei due quesiti, da un lato si rispetta il dato sostanziale, ma dall'altro si sacrifica l'esigenza processuale di individuare con certezza il foro competente, evitando fenomeni di forum shopping.

Se è vero infatti che in molti casi il danneggiato sarà impossibilitato a provare detta prevalenza al fine di adire un giudice piuttosto che un altro, è altresì vero che in altri casi egli avrà buon gioco a munirsi di una simile prova a seconda del foro in cui preferisce incardinare la causa, e senza che la controparte sia realmente in grado di contestare sul punto l'assunto attore. Tutto ciò palesa secondo alcuni le difficoltà applicative a cui rischia di andare incontro, così come formulato, il principio espresso dall'ordinanza citata. Sotto altro diverso profilo, il criterio di connessione col foro identificato dal cassato Tribunale di Lecce in quello ove la notizia è stata immessa per la prima volta nel circuito telematico (mediante il c.d. upload), viene inoltre respinto dalla Suprema Corte in base alla seguente argomentazione: "l'immissione della notizia sul server è attività che compie il danneggiante offensore, e finché non viene visitata da terzi, nessuno la conosce. Pertanto, secondo questa ipotesi di interpretazione si finirebbe per aver un'obbligazione di risarcimento per una notizia diffamatoria che, fino alla prima visita del sito, conosce solo l'agente".

Nonostante dunque un autorevole¹⁰⁰ minoritario orientamento ritenga che la diffamazione online sia da ritenersi reato di pura condotta e non già di evento - poiché, tenuto conto delle peculiarità di Internet, quale strumento atipico di comunicazione di massa richiedente una fattiva "ricerca" del messaggio da parte dell'utente, l'effettiva

⁹⁹ Vedi DI CIOMMO F., *Art. 20 c.p.c. e illeciti commessi tramite Internet (una regola a valere per tutti i mezzi di comunicazione di massa?)*, in *Foro it.* 2002, I,1982.

¹⁰⁰ Tra gli esponenti appartenenti a tale schieramento, da ultimo, vedi PICOTTI L., *Le comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf.*, 1999, 297, il quale afferma che: "si è detto che la diffamazione non rappresenta un reato ad evento, sia pur immateriale, perché l'offesa dell'altrui reputazione non si configura quale conseguenza causale della condotta dell'agente, che modifichi il mondo esterno, al cui realizzarsi sia condizionata la consumazione, ma è costituita piuttosto da quel momento di fatto che evidenzia la situazione intersoggettiva del rapporto vietato".

percezione del contenuto offensivo non pare necessaria¹⁰¹ ai fini della consumazione del reato, ritenendosi, a tal fine, sufficiente la semplice “messa a disposizione” online — pare tuttavia doversi evidenziare il contrario e prevalente orientamento espresso in materia dalle corti.

Alla stregua delle numerose sentenze di legittimità e di merito, va infatti evidenziato come il delitto di diffamazione online sia da considerarsi reato di evento, nel senso in precedenza delineato.

Tale evento, proprio della fattispecie in oggetto, avrebbe comunque “natura psicologica” e si realizzerebbe nel momento successivo alla immissione online del messaggio offensivo, e quindi con la avvenuta percezione da parte dei terzi dell’espressione lesiva dell’onore, del decoro, ovvero della immagine altrui.

¹⁰¹ Vedi PICOTTI L., *op. e loc. cit.*, sostiene difatti che: "il conseguente perfezionarsi del reato può quindi prescindere dall'effettiva percezione o lettura da parte dei destinatari od interessati".