

... ed ora in virtù della depenalizzazione disposta dall'art. 47...

Art. 166

(Procedimento di applicazione)

1. L'organo competente a ricevere il rapporto e ad irrogare le sanzioni di cui al presente capo e all'articolo 179, comma 3, è il Garante. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. I proventi, nella misura del cinquanta per cento del totale annuo, sono riassegnati al fondo di cui all'articolo 156, comma 10, e sono utilizzati unicamente per l'esercizio dei compiti di cui agli articoli 154, comma 1, lettera h), e 158.

Commento di ELISABETTA BANI e ELENA FERIOLE

1. - La disposizione di cui all'articolo 166 è commentata nell'ambito del commento agli articoli 161 e 162, cui si rinvia.

(1) In proposito ad ipotesi retribuite e general preventive e, invece, la pubblicazione della sentenza di condanna all'ergastolo, prevista dal comma 1° dell'art. 40 c.p. Questa pena accessoria è stata ad accennare l'articolo commentato della pena principale. (Pizzani, Pubblicazione della sentenza di condanna in caso di delitto tentato, in Riv. di dir. pen. 1951, p. 343) e infine a « piacere l'ordine sociale derivato dal gravissimo reato » (art. 3°) « Legge 19541. Pubblicazione della sentenza di condanna, in Nuovo digesto it. Torino, 1979, X, p. 3601. Ha...

nel nuovo di diritto civile con funzione interpretativa o interpretativa. In corso specifica, in corso l'articolo commentato la pubblicazione della sentenza di condanna disciplinata dall'art. 166 c.p.

(2) Si precisa, qui richiamato, nella sentenza bollata sul tema ANTONIO MARINO « Commento al Nuovo Digesto », App. Trib. no. 1938, p. 938. CENNAMO BIANCHI, Disciplina del reato penale (trattato), in For. del dir., XX, Milano 1978, p. 127.

CAPO II
ILLECITI PENALI

Art. 167

(Trattamento illecito di dati)

1. 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 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.

2. 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 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni.

Commento di STEFANO DEL CORSO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La violazione della normativa di « disciplina ». - 3. Segue: i primi rilievi critici. - 4. La nozione di « trattamento » e la ratio della tutela. - 5. Il fatto tipico. - 6. La clausola di riserva.

1. - Il legislatore del « codice in materia di protezione di dati personali » intervenendo sul complesso delle disposizioni penali esistenti nel settore a distanza di un brevissimo lasso di tempo dalla precedente riforma attuata con il d. lgs. 467/2001, non si è limitato soltanto a recepire nel testo unico le disposizioni così come introdotte un anno e mezzo prima, ma - almeno riguardo all'ipotesi più importante, quella che rappresenta il fulcro attorno cui ruota la risposta repressiva nel suo insieme: il « trattamento illecito di dati » - ha provveduto a ridisegnare il nucleo centrale della fattispecie.

L'art. 35 l. 675/1996, infatti, si limitava ad incriminare il trattamento di dati personali avvenuto in violazione di determinate norme di disciplina dettate in materia, quando esso fosse accompagnato dal « fine - dell'autore -

di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno » (commi 1° e 2°); contemplando un aggravamento di pena, qualora dal trattamento illecito derivasse « *nocumento* » (comma 3°).

Il nuovo art. 167 d. lgs. 196/2003, invece, ha subordinato la rilevanza penale del trattamento illecito, fermo restando la ricorrenza del dolo specifico anzidetto, proprio al verificarsi di questo « *nocumento* », e ciò sia nelle ipotesi meno gravi di cui al comma 1° (anche se in relazione ad esse si renderanno necessarie alcune puntualizzazioni), sia nell'ipotesi più grave di cui al comma 2°.

2. — Conviene elencare, innanzitutto, le norme di « disciplina » del trattamento contenute nel « codice », la cui violazione può determinare — in presenza beninteso degli altri requisiti sopra accennati, contemplati dalla norma in esame — la sussistenza del delitto di cui all'art. 167.

Quanto alle ipotesi meno gravi di cui al **comma 1°** (che prevede due diverse cornici edittali, a seconda che il fatto di trattamento non consista, ovvero consista nella « comunicazione o diffusione »), il trattamento illecito deve avvenire in violazione:

— degli artt. 18 e 19, che stabiliscono i « principi » applicabili ai trattamenti effettuati da *soggetti pubblici*, esclusi gli enti pubblici economici.

In questo ambito, « *qualunque trattamento... è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali* », né si richiede il consenso dell'interessato (salvo quanto previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici).

Peraltro, per i dati comuni (cioè quelli diversi da quelli sensibili e giudiziari), il trattamento è consentito persino in mancanza di una norma di legge o di regolamento che lo preveda espressamente; mentre la comunicazione (ammessa esclusivamente quando è prevista da una norma di legge o di regolamento), nel caso in cui abbia come destinatario un altro soggetto pubblico, è consentita anche « *quando è necessaria per lo svolgimento di funzioni istituzionali* », rispettando tuttavia l'obbligo di preavviso di almeno quarantacinque giorni al Garante e salva una sua diversa determinazione;

— dell'art. 23, che riguarda le « regole » per il trattamento effettuato dai *privati* e dagli *enti pubblici economici*, i quali debbono sempre richiedere ed ottenere il consenso espresso dell'interessato (« *manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili* »).

Anche se l'ampiezza delle deroghe di cui all'art. 24 (« *Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso* »), induce a ritenere che il principio solennemente enunciato dall'art. 23 si applichi, in ultima analisi, ad una casistica alquanto ristretta, il legislatore — sottolineando che « *il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso* » —, stabilisce in maniera esplicita che esso possa dirsi « *validamente*

prestato solo se è espresso liberamente e specificamente con riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13 »;

— degli artt. 123, 126, 129 e 130, che dettano la disciplina del trattamento dei dati personali connesso alla *fornitura* di « *servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazioni* ».

Prevedendosi, per quel che attiene i dati relativi al « *traffico* », le condizioni specifiche che ne autorizzano il trattamento, la durata della loro conservazione, il contenuto dell'informativa che deve essere fornita all'abbonato o all'utente, i soggetti abilitati al trattamento (art. 123).

Imponendo poi l'anonimato per i « *dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico* », ovvero, nell'ipotesi diversa, il consenso dell'utente o dell'abbonato (oltreché stabilendo anche in relazione ad essi, il contenuto dell'informativa che deve essere fornita all'abbonato o all'utente ed i soggetti abilitati al trattamento) (art. 126).

Prescrivendo inoltre l'osservanza del provvedimento che il Garante ha il dovere di adottare, in cooperazione con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e in conformità alla normativa comunitaria, in ordine alle « *modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico* » (art. 129). Vietando infine le c.d. « *comunicazioni indesiderate* », ovvero sia « *l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale* » in difetto di consenso dell'interessato, e comunque obbligando il mittente a fornire la sua reale identità o un idoneo recapito (divieto, questo, che si applica anche « *alle comunicazioni elettroniche* » effettuate per le medesime finalità, « *mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms o Sms o di altro tipo* » (art. 130).

Quanto all'ipotesi più grave di cui al **comma 2°**, il trattamento illecito deve avvenire in violazione:

— dell'art. 17, concernente il *trattamento* di dati (diversi da quelli sensibili e giudiziari) « *che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare* ». Trattamento che è ammesso « *nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato* » prescritti dal Garante in applicazione dei principi del « *codice* »;

— degli artt. 20, 21, 22, comma 8° e comma 11°, relativi al trattamento dei *dati sensibili* e dei *dati giudiziari* da parte di *soggetti pubblici*. Consentiti, in sostanza, solo se autorizzati « *da espressa disposizione di legge* », ovvero in mancanza di essa, da provvedimento del Garante (art. 20 e

21). Fermo restando, in ogni caso, il divieto di diffondere « *i dati idonei a rivelare lo stato di salute* » (art. 22, comma 8°).

Ammettendosi « *le operazioni di raffronto tra dati sensibili e giudiziari* » ed i trattamenti di dati sensibili e giudiziari ai sensi dell'art. 14 (« *se effettuati utilizzando banche di dati di diversi titolari* »), ovvero « *la diffusione dei dati sensibili e giudiziari* », « *solo se previsti da espressa disposizione di legge* » (art. 22, comma 11°).

— dell'art. 25 (regola dettata per i *privati* e gli *enti pubblici economici*, a cui però rinvia l'art. 18, comma 5°, dettato per i *oggetti pubblici*), che sancisce il *divieto di comunicazione o diffusione* di dati, oltre che « *in caso di divieto disposto dal Garante o dall'autorità giudiziaria* », sia con « *riferimento a dati personali dei quali è stata ordinata la cancellazione, ovvero quando è decorso* » un periodo di tempo « *superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati* »; sia quando la comunicazione o diffusione sono poste in essere « *per finalità diverse da quelle indicate nella notificazione del trattamento, ove prescritta* » (fatte salve le comunicazioni o diffusioni richieste dalle forze dell'ordine, dall'autorità giudiziaria ed altri soggetti pubblici indicati « *per finalità di difesa o di sicurezza dello Stato o di prevenzione, accertamento o repressione di reati* »: comma 2°).

— degli artt. 26 e 27, disciplinanti il trattamento dei *dati sensibili* e dei *dati giudiziari* da parte di *oggetti privati*.

Dati sensibili che, in linea di principio, ai sensi dell'art. 26, comma 1°, « *possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante* » (duplice requisito che non riguarda tuttavia i trattamenti di cui al comma 3°, e che si riduce a quello della sola autorizzazione del Garante nei casi di cui al comma 4°). Fermo ovviamente restando, anche in questa evenienza, il divieto di diffondere « *i dati idonei a rivelare lo stato di salute* » (art. 26, comma 5°).

Dati giudiziari il cui trattamento, invece, è consentito da parte di privati o di enti pubblici economici « *soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante* » (art. 27).

— dell'art. 45, che impone (fuori dei casi previsti dagli artt. 43 e 44) il *divieto di trasferimento*, anche temporaneo, di dati personali verso un Paese non appartenente alla Unione Europea, « *quando l'ordinamento del Paese di destinazione o di transito dei dati non assicura un livello di tutela delle persone adeguato* ».

3. — È facile comprendere come questa « *tecnica di rinvio* » alle norme di disciplina del trattamento, adottata dal legislatore nella stesura della figura delittuosa in esame, renda estremamente arduo il lavoro dell'interprete

nel chiarire i contorni della fattispecie, costringendolo di volta in volta ad individuare il « *cuore* » della norma di disciplina la cui violazione assurge a elemento essenziale del fatto di reato di « *trattamento illecito* » di dati, ovvero, in altre parole, a selezionare — nell'ambito di quelle norme di disciplina — gli aspetti più pregnanti la cui inosservanza si appalesa davvero significativa sul versante penalistico.

A titolo di esempio, vero è che l'art. 23 stabilisce — come visto — che il consenso debba dirsi validamente prestato « *se è documentato per iscritto* » (richiedendosi tuttavia la « *forma scritta* » solo quando il trattamento riguarda dati sensibili); ma risulta evidente come l'inosservanza di questo aspetto della norma di disciplina non pare di per sé in grado di inficiare l'eventuale « *sostanza* » lecita di un trattamento dati che, a prescindere dall'osservanza del requisito formale (o formalistico) attinente la « *documentazione* » della manifestazione di volontà, sia avvenuto col pieno e consapevole consenso da parte del diretto interessato (e ciò senza entrare nel merito di ogni indagine ulteriore, concernente la verifica della sussistenza del « *dolo specifico* » in capo all'agente o del « *nocumento* » arrecato all'interessato stesso).

La verità è che l'art. 167 (come altre fattispecie incriminatrici), costruito secondo questa alquanto confusa e asistemica « *tecnica di rinvio* » a norme di disciplina, lascia spesso spazio ad ampi dubbi anche — se non soprattutto — in ordine alla identificazione della linea di confine fra l'area del lecito e dell'illecito penale, non essendo ragionevole ritenere che i destinatari del precetto penale siano in molti casi in grado di districarsi all'interno dei meandri di un dettato legislativo che non brilla certo per la sua limpidezza.

Ma i rilievi critici non possono limitarsi a questo, in quanto è anche la logica complessiva che ha sorretto il legislatore nella sua scelta di attribuire rilievo *ex art.* 167 del « *codice* » all'inosservanza di alcune norme di disciplina del trattamento, a non risultare sempre di cristallina chiarezza.

Non vi è dubbio, a questo proposito, che — tendenzialmente — la linea di demarcazione fra le ipotesi di cui al comma 1° e quella di cui al comma 2°, risieda nella « *tipologia* » dell'oggetto del trattamento illecito, essendosi ritenuto carico di maggior disvalore astratto un trattamento illecito che presenta rischi specifici, ovvero avente ad oggetto dati sensibili o giudiziari.

Così come, come vedremo, si rinvie ancora una *ratio* nella distinzione che si opera, sul piano delle condotte di « *trattamento* », fra quelle di « *comunicazione* » e « *diffusione* » — che comportano evidentemente una proiezione « *esterna* » del dato personale —, e le altre, di certo meno dirimenti quanto all'eco in grado di suscitare.

Più difficile, invece, comprendere la ragione per cui — in questa fattispecie — abbia trovato rilievo anche la violazione della norma di disciplina del trattamento di cui all'art. 130 del « *codice* », le c.d. « *comunicazioni indesiderate* », che certamente non può ricondursi ad una identica *ratio*, mirando

essa ad evitare la pervasività dei messaggi pubblicitari. Come si è osservato, in questo caso infatti, « il dato personale violato sarebbe il numero telefonico o la casella di posta elettronica », per cui non si capisce « perché si è stabilito di presidiare con la sanzione penale (e non con il semplice intervento di natura amministrativa) tale condotta ed escludere, per di più, il caso di messaggi pubblicitari effettuati tramite personale della ditta, spesso non meno queruli, subdoli od invadenti di quelli inviati tramite mezzi automatizzati »⁽¹⁾.

Così come resta misterioso il motivo per cui si è deciso di ricondurre nell'ipotesi più grave di cui al comma 2°, la violazione dell'art. 45 (« Trasferimento all'estero »), collocata – nel testo originario della legge (art. 37 l. 689/1996) – nell'ipotesi meno grave di cui al comma 1°.

Senza contare, infine, che in alcuni casi è l'inosservanza di regole dettate in un provvedimento del Garante a determinare l'« illiceità » del trattamento e dunque la sua eventuale rilevanza penale, in tal modo configurandosi ipotesi di vere e proprie norme penali in bianco, con i consueti e fin troppo noti dubbi in merito all'effettivo rispetto dei principi costituzionali, perché il contenuto precettivo è in realtà desumibile soltanto dalla fonte secondaria, sì che soltanto da questa si potrà ricavare la regola di condotta del caso concreto.

Il che è quello che avviene quando si richiama la violazione dell'art. 129, integrata dall'inosservanza delle « modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico » individuate con provvedimento Garante; ovvero la violazione dell'art. 17, integrata dall'inosservanza delle « misure e (de)gli accorgimenti » che autorizzano il c.d. « trattamento che presenta rischi specifici », prescritte nel provvedimento adottato dal Garante « nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti ».

A tacere comunque, sempre a proposito di quest'ultima norma, dell'assoluta indeterminatezza della nozione di « trattamento che presenta rischi specifici », definito come trattamento di dati diversi da quelli sensibili e giudiziari « che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare ».

4. – D'altra parte, non è soltanto sul versante della normativa di « disciplina » richiamata dall'art. 167 (e di cui la fattispecie richiede l'inosservanza)

(1) CORRIAS LUCENTE, *La nuova normativa penale a tutela dei dati personali*, in CARDARELLI-

SICA-ZENO ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 638-639.

vanza), che bisogna soffermare – da un punto di vista esegetico – l'attenzione dell'interprete.

Anche sul versante dell'individuazione della condotta di « trattamento », si pongono infatti non pochi problemi.

A prima vista, invero, la nozione risulta di facile identificazione, considerato che l'art. 4, comma 1°, lett. a) del « codice », puntualizza che « ai fini del presente codice », si intende per « trattamento »: « qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca dati ».

Definizione che innova, rispetto al passato, inserendo nel minuzioso elenco, una nuova operazione di « trattamento » – la consultazione –, specificandosi altresì che non occorre, perché si abbia « trattamento », che questi dati siano « registrati in una banca dati » (ovvero in un « qualsiasi complesso organizzato di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti »: v. art. 4, comma 1°, lett. p « codice »).

In effetti, la preoccupazione che sorge è se davvero possa ricondursi alla nozione di « trattamento » anche una sola delle operazioni descritte, con « un'inammissibile estensione dell'orbita operativa della fattispecie penale ». Suggestandosi, di conseguenza, di « interpretare – in assenza di una chiara indicazione legislativa – la nozione di trattamento penalmente rilevante, in forma autonoma rispetto alla definizione normativa, seppure ad essa correlata », e ritenendo, quindi, « penalmente irrilevanti quelle attività, pur classificate a titolo di trattamento, da sole inadeguate a produrre (almeno potenzialmente) la lesione del bene tutelato dalla norma »⁽²⁾.

In questa prospettiva, in effetti, si è invitato a valorizzare anche l'ulteriore circostanza di avere il legislatore mantenuto – nell'art. 167 – il plurale « dati » come oggetto del trattamento « illecito », onde – sulla scia delle (scarne) pronunce giurisprudenziali di merito rese vigente l'originaria normativa, il « trattamento » (in particolare la raccolta e la diffusione) « di un unico dato personale, avulsa da "un'illecita attività di registrazione, elaborazione e fissazione di basi di dati (archivi, data bases) illegittimamente trattati", non integrerebbe) la condotta tipica del precetto penale »⁽³⁾.

Preoccupazione che non può non condividersi, per varie ragioni.

Il punto è che erroneamente (a nostro giudizio) si continua a guardare la normativa in oggetto, come se essa tutelasse in via assoluta, primaria o anche solo concorrente, il bene della « riservatezza ».

(2) CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, 635.

(3) CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, 636.

Emblematica di questa tendenza, del resto, una significativa decisione della Cassazione civile, chiamata a dirimere un contrasto sorto fra il Garante e un Giudice di merito.

Il caso era quello di una persona che dopo aver reiteratamente ed inutilmente richiesto al direttore di un quotidiano a diffusione nazionale di rettificare un dato personale ad essa relativo e riportato in modo inesatto, si era rivolta al Garante per la protezione dei dati personali invocandone la rettifica, richiesta accolta dal Garante. Il Tribunale, in sede di opposizione, aveva però riformato tale provvedimento, sull'assunto che la l. 675/1996 tutelasse il trattamento dei dati con esclusivo riferimento alla loro archiviazione.

Enunciava quindi la S.C., il principio di diritto secondo cui « *l'inesatto trattamento di dati personali legittima l'interessato ad invocare, presso la competente autorità di garanzia, la tutela di cui agli art. 1 ss. l. 675/1996 a prescindere dalla circostanza che il dato personale inesattamente riportato sia soltanto diffuso, come nella specie, nell'esercizio di attività giornalistica (e, pertanto, non sia destinato, in tal caso, ad alcuna "archiviazione"). La l. 675/1996, difatti, pur riservando particolare rilievo ai dati personali che presuppongano un'attività di archiviazione in banche dati, è purtuttavia funzionale, nelle sue linee generali, alla difesa della persona e dei suoi fondamentali diritti — che possono ben essere lesi dal trattamento anche solo giornalistico dei dati medesimi, in considerazione della loro sola diffusione, ed a prescindere dalla conseguente strutturazione in archivio — e tende ad impedire che l'uso astrattamente legittimo del dato personale avvenga con modalità tali da renderlo lesivo di tali diritti, con riferimento, pertanto, al trattamento del dato stesso inteso "tout court", e non limitato alla sola vicenda dell'archiviazione in banca dati* » (4).

Tesi che potrebbe trovare, oggi, sulla base della nuova normativa, un aggancio significativo nell'art. 1 del « codice », secondo cui « *chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano* ».

Senonché, come si è lucidamente e puntualmente osservato, quest'ultimo articolo — letto sistematicamente nel contesto complessivo della normativa del « codice » — assume, in realtà, « *una valenza di declamazione (più che di proclamazione)* », non implicando cioè un rovesciamento della ratio originaria della normativa, da intendersi quindi ancora « *non già come fonte di protezione assoluta ed intransigente della "privacy", ma piuttosto come espressione di un modello "relazionale", nel cui ambito l'articolazione dei diversi valori che il generico riferimento alla privacy necessariamente sottintende deve essere bilanciata con altri valori di rango costituzionale* », e dunque

(4) Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2001, n. 8889, Valoti Alcese c. Soc. RCS ed., in *Foro it.*, 2001, I, 2448.

gioco forza postulante « *un bilanciamento di interessi tendenzialmente confliggenti* » (5).

Pare errato cioè, alla luce di quanto detto, ritenere che il legislatore, incriminando il « trattamento » illecito di dati personali (nella prospettiva del « bilanciamento » degli interessi in conflitto), abbia predisposto una tutela assoluta del « diritto alla riservatezza » dei dati, avendo invece esso inteso disciplinare l'attività di « trattamento » dei dati personali in rapporto — se così può dirsi — al diritto di ciascuno all'esclusivo « controllo » dei dati della propria vita.

D'altra parte, richiamando l'attenzione sul fatto che l'oggetto della **riservatezza** è costituito dalla « *natura dell'interesse rivestito dai fatti... rientrando nella sfera privata tutto ciò che riveste un interesse esclusivamente privato, perché privo di qualsiasi rilevanza pubblico-sociale, anche soltanto mediata* », una delle più autorevoli voci penalistiche ha messo in evidenza che, proprio per ciò, « *il diritto alla riservatezza può... essere definito come il diritto alla esclusività di conoscenza di tutto ciò che attiene alla propria vita privata, per la ragione che la relativa presa di conoscenza e rivelazione possono arrecare nocimento a quel sottostante interesse alla "privatezza", bisogno coesistente della persona umana* » (6).

Ma, per l'appunto, la l. 675/1996 prima, come il « codice » oggi, non si preoccupa affatto di tutelare « questo » diritto contro condotte di indiscrezione e rivelazione (sciogliendo l'antico nodo, ancora irrisolto, delle sue modalità di tutela). Il suo punto di riferimento, diversamente, è costituito dalla **disciplina del « trattamento » di tutti i dati personali, sia pubblici che privati**, in relazione al quale il legislatore ha definito le condizioni della sua « liceità », avvenga esso « trattamento » da parte di terzi diversi dall'interessato, in vere e proprie « banche dati » o in semplici, magari polverosi e vecchi, archivi documentali cartacei.

Ne è riprova, a ben guardare, in termini generali (cioè non circoscritti allo specifico versante penale) il **regime di procedibilità** stabilito in campo penale, dal momento che per tutte le fattispecie incriminatrici che delineano il quadro della tutela più rigorosa che un ordinamento giuridico possa contemplare, si è prevista la procedibilità d'ufficio e non quella a querela, come sarebbe stato invece logico attendersi, se il bene in causa fosse stato effettivamente quello della « riservatezza », assunta come valore assoluto.

Non sembra dunque che possa prescindersi, nel definire la nozione di « trattamento », dalla dimensione teleologica che cementa le operazioni in cui esso si scompone, ovverosia — in altri termini — dalla circostanza essen-

(5) Vedi commento di F.D. BUSNELLI, *Dalla legge al « codice »: un dilemma, una sfida, un consolidamento*, XXXV.

(6) F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 475 e 473.

ziale che *quelle* operazioni in cui si articola, per assumere rilievo nella prospettiva del « codice », debbono necessariamente iscriversi nell'ambito di un'attività di « organizzazione » (in questo senso, archiviazione) di un insieme di dati personali.

5. — Sulla base di questa premessa, è possibile adesso soffermarsi sulle condotte incriminate dall'art. 167.

Vieta il legislatore il « trattamento » avvenuto in violazione di quelle norme di disciplina sopra richiamate, anche se, nelle ipotesi di cui al **comma 1°**, prevede una risposta repressiva diversa e più pesante (reclusione da sei a ventiquattro mesi, in luogo della da sei a diciotto mesi) nel caso in cui esse consistano nella « comunicazione » o « diffusione », condotte i cui contorni si ricavano dall'art. 4, comma 1°, lett. l) e lett. m).

Consiste, la condotta di « comunicazione », nel « dare conoscenza ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione ».

La condotta di « diffusione », invece, nel « dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione ».

Al contrario di quel che si stabilisce nel comma 1°, nel caso di cui al **comma 2°**, la distinzione tra « comunicazione » e « diffusione » da un lato, ed altre operazioni di trattamento dall'altro, non viene scolpita — e la pena è pertanto quella della reclusione da uno a tre anni —, vuoi per la particolare specificità del « trattamento » in gioco, vuoi perché talvolta la violazione della norma di disciplina richiamata ha per oggetto proprio un divieto di comunicazione o diffusione.

Si è già rilevato, d'altronde, che il legislatore della riforma ha attribuito rilievo penale ai « trattamenti » avvenuti in violazione della normativa di disciplina sopra richiamata, a condizione che essa sia sorretta dal dolo specifico di profitto o di danno, e dal « *nocumento* » arrecato all'interessato.

Quanto all'attitudine del **dolo specifico** richiamato a svolgere — sul versante penale — una funzione davvero selettiva, e quindi di limite della punibilità, rispetto alla dimensione eminentemente sanzionatoria sottesa dal nucleo base della fattispecie, permangono i dubbi già manifestati a proposito dell'originaria figura criminosa che si è sostituita con l'adozione del « codice ».

Quanto al dolo specifico di « profitto », infatti, se vuole proporsi una sua interpretazione in chiave non necessariamente patrimonialistica, così che il termine « profitto » valga come sinonimo di « vantaggio », sembra problematico concepire una ipotesi di « trattamento » da cui il « titolare » non intenda ricavare una qualche utilità; fra l'altro — si noti — ciò sicuramente av-

viene anche nei casi di quei « trattamenti » personali di cui all'art. 5, comma 3°, esclusi dall'ambito di applicazione della legge.

Se invece della nozione « profitto » si coglie l'accezione esclusivamente patrimoniale, il dolo specifico, in questo caso, come nell'altro (alternativo) di dolo di « danno », rischia di soffocare la disposizione penale, che verrebbe ad applicarsi nelle sole eventualità in cui il titolare abbia effettuato un « trattamento » illecito per conseguire una qualche utilità economica, o per produrre intenzionalmente un danno patrimoniale ad altri (in un settore, peraltro, in cui dal punto di vista civilistico il danno risarcibile non è soltanto quello patrimoniale, ma anche quello non patrimoniale: v. art. 15 del « codice »).

Senonché, sulla base della nuova configurazione della fattispecie, sembra destinato a svolgere questa funzione selettiva (di limite alla punibilità), l'altro requisito il cui verificarsi l'art. 167 espressamente richiede: il « *nocumento* » arrecato all'interessato dal « trattamento » illecito dei suoi dati.

Esso, a onor del vero, nonostante l'infelice formulazione letterale dell'art. 167, sembra indubitabile che debba ricorrere in *entrambi i casi* contemplati dal **comma 1°**.

Si potrebbe forse replicare che la circostanza di non averlo menzionato con riguardo alle condotte di « comunicazione » e di « diffusione » incriminate nel comma 1°, possa essere non casuale, ed espressivo, al contrario, della convinzione del legislatore di essere — quelle condotte — già di per sé produttive di un « *nocumento* ».

Tuttavia, una siffatta obiezione non sarebbe in grado di spiegare il motivo per cui, nell'ipotesi contemplata dal **comma 2°**, qualunque condotta di « trattamento », comprese quindi quella di « comunicazione » o « diffusione » avvenuta in violazione delle norme di disciplina espressamente richiamate, assume rilievo penale solo « *se dal fatto deriva nocumento* ».

Lascia d'altra parte alquanto perplessi, la scelta legislativa di continuare ad utilizzare il termine « *nocumento* » all'interno di un contesto normativo in cui sarebbe stato probabilmente più opportuno (per evitare ogni possibile equivoco), in considerazione anche della previsione del dolo specifico di « danno » menzionato nella stessa fattispecie incriminatrice, impiegare un medesimo sostantivo.

Ad ogni buon conto, per « *nocumento* » — a seguire l'opinione consolidata formatasi in relazione ai delitti contemplati dal codice penale a tutela della riservatezza e della libertà di corrispondenza, nonché a quelli concernenti la violazione del segreto documentale — si intende « *un qualsiasi reale pregiudizio, giuridicamente rilevante... patrimoniale o non patrimoniale* » (7).

Ed in effetti, è proprio attorno a questo « *reale pregiudizio* » che si sem-

(7) F. MANTOVANI, *op. cit.*, 513.

bra costruirsi l'effettiva dimensione offensiva dell'illecito penale di cui si parla, come ha avuto modo di sostenere la Suprema Corte penale in una recente sentenza, resa successivamente all'entrata in vigore del « codice ».

Chiamata a decidere se la « trattazione » dei dati personali degli appartenenti ad un'associazione umanitaria, estratti da un elenco riservato, ed utilizzati – senza il consenso degli interessati – da parte di uno dei componenti della citata associazione, per l'invio di materiale di propaganda elettorale per la propria candidatura a consigliere comunale, la S.C. ha motivato nei seguenti termini.

« L'inclusione di questo concetto – n.b.: il « **nocumento** » – nella fattispecie penale, in uno con la previsione del dolo specifico... sembra maggiormente tipizzare un evento di danno direttamente ed immediatamente collegabile e documentabile nei confronti dei soggetti cui i dati raccolti sono riferiti, sicché deve aversi riguardo ad ipotesi concrete di vulnus e di discriminazioni a causa dell'intervenuta violazione della normativa richiamata nel precetto penale. Pertanto, devono essere senza dubbio escluse le semplici violazioni formali ed irregolarità procedurali, ma anche quelle inosservanze che producano un vulnus minimo all'identità personale del soggetto ed alla sua privacy » (da intendersi « nella duplice valenza positiva e negativa quale libertà di escludere l'indiscriminato accesso di terzi ai dati personali e libertà di garantire all'interessato il controllo della correttezza e non eccedenza del trattamento al fine di salvaguardare l'identità personale ») e « non determinino alcun danno patrimoniale apprezzabile ». « Nocumento » ritenuto insussistente nel caso di specie esaminato, osservando ancora la Corte di legittimità che i « denunciati appaiono indispettiti dall'utilizzazione a fini diversi da quelli statutari... dei propri dati personali per piegarli all'interesse personale di un singolo, che riteneva di reperire voti di preferenza per la tornata elettorale dell'elezione » di un Consiglio comunale « spendendo la sua appartenenza a detta associazione, sicché, al limite, il nocumento non attiene ai singoli, ma all'immagine della benemerita istituzione, la quale ne potrebbe restare sminuita per l'appartenenza di soggetti pronti a strumentalizzare un'adesione disinteressata ed altamente solidale »⁽⁸⁾.

Resta comunque aperta la questione relativa all'inquadramento sistematico del « nocumento », cioè a dire se esso si collochi fra le condizioni di punibilità, ovvero fra gli elementi costitutivi del reato.

A favore della prima soluzione militerebbe soprattutto l'incongruità di « prevedere quale evento del reato proprio il fine (rectius: uno dei fini) perseguito dal soggetto, che, in quanto riconducibile agli stilemi del dolo specifico,

⁽⁸⁾ Cass. pen., sez. III, 28 maggio 2004, Barone, in Cass. pen., 2005, 1895 ss., con nota

di L. PALAMARA, Note in tema di rilevanza penale del trattamento illecito di dati personali.

non è, notoriamente, necessario che si realizzi ai fini della consumazione del reato »; per cui la previsione del « nocumento » risulterebbe espressiva della scelta discrezionale operata dal legislatore, di « attivare la reazione penale solo qualora l'offesa agli interessi protetti dalla norma raggiunga una certa intensità », assurgendo dunque il « nocumento » a condizione intrinseca « strutturat(a) secondo una vera e propria progressione criminosa »⁽⁹⁾.

D'altra parte, se la chiave di volta per stabilire la natura costitutiva o condizionante dell'evento si riscontra nella « natura » di tale progressione (per cui « se essa riguarda lo stesso interesse tutelato dalla norma si potrà parlare di evento costitutivo; se esso riguarda invece un interesse diverso si tratterà di evento condizionante »⁽¹⁰⁾), non è fuori luogo ipotizzare allora che la conclusione sopra raggiunta possa risultare non più così convincente, qualora si venga che il fondamento dell'incriminazione di cui all'art. 167 risiede nella tutela del diritto di ciascuno all'esclusivo « controllo » dei dati della propria vita, in relazione al « trattamento » dei dati personali che altri operi⁽¹¹⁾.

6. – Non ha dimenticato il legislatore, neanche stavolta, di inserire, in riferimento al delitto di cui all'art. 167, la clausola di riserva relativamente indeterminata « salvo che il fatto costituisca più grave reato ».

Come ricorda la dottrina penale più accreditata, « la funzione delle clausole di riserva consiste, in linea generalissima, nell'impedire l'applicazione della norma che la contiene, quando, pur realizzandosi gli estremi di questa norma, si realizzino anche quelli della disposizione cui la clausola rinvia. Il che equivale ad affermare che le clausole presuppongono, per poter operare, che si realizzi quella particolare situazione giuridica nella quale concorrano gli estremi di entrambe le norme collegate dalla "riserva" »⁽¹²⁾.

Dai Lavori preparatori della l. 675/1996 sembra che, prevedendosi la clausola di riserva, si sia voluto salvaguardare, « in particolare, l'esigenza di far salva l'applicazione delle norme penali sull'abuso d'ufficio e sulla rivelazione ed utilizzazione dei segreti d'ufficio (artt. 323 e 326 c.p.) »⁽¹³⁾, vale a dire l'applicazione di quelle fattispecie incriminatrici poste a tutela della pubblica amministrazione contro aggressioni che provengono dal suo « interno ».

⁽⁹⁾ MANNA, Commento al « Codice della privacy », in Dir. pen. e processo, n. 1/2004, 23-25, nonché per la medesima tesi Cass. pen., sez. III, 28 maggio 2004, Barone, cit.

⁽¹⁰⁾ PADOVANI, Diritto penale, Milano, 2002, VI ed., 332.

⁽¹¹⁾ Per la tesi del « nocumento » come

elemento costitutivo, v. CORRIAS LUCENTE, op. cit., 644-645.

⁽¹²⁾ G.A. DE FRANCESCO, Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980, 141.

⁽¹³⁾ BUTTARELLI, Banche dati e tutela della riservatezza, Milano, 1997, 535, nota 40.

Vero è però, per quanto attiene ai rapporti dell'art. 167 del « codice » con l'art. 326 c.p., che non tutte le rivelazioni o le utilizzazioni costituiscono « comunicazioni », « diffusioni », o « utilizzazioni » *attinenti* ad un « trattamento » di dati, né che vi sia corrispondenza tra la nozione di dati personali trattati e quella di notizie d'ufficio segrete. Sicché la clausola di riserva sembra entrare in gioco, nella specie, solo allorché il pubblico agente « comunichi », « diffonda », ovvero « utilizzi » nell'ambito di un « trattamento » di dati, quelli — fra questi — coperti da « segreto d'ufficio ».

Più intricato invece è il rapporto tra le fattispecie di cui all'art. 167 e quella di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. che, come è ben noto, vieta — nella sua redazione ultima — il fatto del pubblico agente che « *in violazione di norme di legge o di regolamento... intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto* ».

Il punto di intersezione tra le due fattispecie sembrerebbe determinarsi perciò nel caso in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio « trattando » dati personali in violazione delle disposizioni della normativa del testo unico che attengono al « trattamento » pubblico degli stessi, arrechi un « nocumento » all'interessato, « *al fine di trarne per sé o per altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare ad altri un danno ingiusto* ».

Osservando tuttavia, in conclusione, che sia l'art. 326 c.p. (per il fatto di rivelazione) che l'art. 323 c.p. prevedono una pena edittale identica nel massimo ma inferiore nel minimo a quella stabilita dall'art. 167, comma 2° del « codice ».

Art. 168

(Falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante)

1. Chiunque, nella notificazione di cui all'articolo 37 o in comunicazioni, atti, documenti o dichiarazioni resi o esibiti in un procedimento dinanzi al Garante o nel corso di accertamenti, dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o documenti falsi, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Commento di STEFANO DEL CORSO

Pur con alcune modifiche, si tratta della fattispecie delittuosa introdotta con la riforma attuata con il d. lgs. 467/2001, allorché si ebbe ad attribuire rilievo penale alle condotte di « falso » poste in essere nel rapporto tra colui che effettua un « trattamento » ed il Garante.

In realtà, le condotte incriminate — nella prospettiva di consentire al Garante un corretto adempimento delle sue funzioni istituzionali, che rischierebbero di essere fuorviate da una conoscenza della realtà dolosamente artefatta — sono di diversa natura, contrapponendosi la condotta di « *dichiarazione o attestazione falsa* » avente ad oggetto « *notizie o circostanze* », a quella di « *produzione* » di « *atti o documenti falsi* ».

La tutela avverso le falsità dichiarative o documentali (senza che sia posta dal legislatore alcuna distinzione fra falsità materiali o ideologiche) viene accordata dalla disposizione:

— ai dati contenuti nella *notificazione* del trattamento, nei casi in cui essa costituisce ancora un obbligo per il titolare ai sensi dell'art. 37 (fra l'altro, con i soliti dubbi di incostituzionalità evidenziati in sede di commento all'art. 167 per quel che riguarda l'obbligo di notificazione che trae origine non da una fonte primaria, ma da un provvedimento adottato dal Garante *ex art. 37, comma 2°*);

— a quelli contenuti nelle *comunicazioni* previste dall'art. 39,

— ancora, alle risultanze acquisite nel corso dei *procedimenti* dinanzi al Garante, ovvero nel corso di *accertamenti*.

La clausola di riserva relativamente indeterminata « *salvo che il fatto costituisca più grave reato* », consente l'applicabilità delle più gravi figure di falso in atto pubblico, al soggetto rivestito di qualifiche pubblicistiche che ponga in essere le condotte delittuose di cui sopra.

Art. 169

(Misure di sicurezza)

1. Chiunque, essendovi tenuto, omette di adottare le misure minime previste dall'articolo 33 è punito con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda da diecimila euro a cinquantamila euro.

2. All'autore del reato, all'atto dell'accertamento o, nei casi complessi, anche con successivo atto del Garante, è impartita una prescrizione fissando un termine per la regolarizzazione non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, prorogabile in caso di particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento e comunque non superiore a sei mesi. Nei sessanta giorni successivi allo scadere del termine, se risulta l'adempimento alla prescrizione, l'autore del reato è ammesso dal Garante a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione. L'adempimento e il pagamento estinguono il reato. L'organo che impartisce la prescrizione e il pubblico ministero provvedono nei modi di cui agli articoli 21, 22, 23 e 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758, e successive modificazioni, in quanto applicabili.

Commento di STEFANO DEL CORSO

Il reato contemplato dall'art. 169, ridefinisce il contenuto dell'analoga figura di cui all'art. 36 l. 675/1996, nel testo sostituito dal d. lgs. 467/2001.

Quest'ultimo, come noto, aveva trasformato l'illecito da delitto in *contravvenzione*, così risolvendo d'imperio il profilo di incostituzionalità dal quale era manifestamente affetta l'originaria fattispecie di reato (che prevedeva un identico trattamento sanzionatorio per il fatto doloso come per quello colposo).

Si incrimina, con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda da diecimila a cinquantamila euro, « chiunque, essendovi tenuto, omette di adottare le misure minime previste dall'art. 33 », secondo cui — « nel quadro dei più generali obblighi di sicurezza di cui all'art. 31 » (finalizzati a « ridurre al minimo... i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta »), ovvero previsti da speciali disposizioni —, « i titolari del trattamento sono comunque tenuti ad adottare le misure minime individua-

te » nel capo II del titolo V del « codice » (« Sicurezza dei dati e dei sistemi ») « o ai sensi dell'articolo 58, comma 3 », misure « volte ad assicurare un livello minimo di protezione dei dati personali ».

Obbligo che grava dunque sul « titolare » del trattamento, chiamato ad osservare le « misure minime » cui si riferiscono gli artt. 34 e 35 (a seconda che il trattamento sia effettuato *con* o *senza* l'ausilio di strumenti elettronici).

Non dovendosi peraltro dimenticare che il « disciplinare tecnico » relativo ad esse misure ed allegato al « codice », a cui gli artt. 34 e 35 rinviano, viene aggiornato periodicamente con decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro per le innovazioni e le tecnologie, « in relazione all'evoluzione tecnica e all'esperienza maturata nel settore » (art. 36). E che, per ciò che riguarda le « misure di sicurezza » relative ai dati trattati in materia di difesa e sicurezza dello Stato, esse « sono stabilite e periodicamente aggiornate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, con l'osservanza delle norme che regolano la materia » (art. 58, comma 3°).

Con ciò evidenziando che, in realtà, il contenuto delle « misure minime » che il titolare del trattamento è tenuto ad osservare non lo si ricava tanto dagli artt. 34 e 35, ovvero dall'art. 58, ma al contrario dal « disciplinare tecnico » o da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, senza che paiano sufficientemente specificati nel testo di legge le coordinate del provvedimento che la fonte secondaria è chiamata ad emanare.

Neppure convince pienamente il « trapianto », già operato con la precedente riforma, del meccanismo estintivo previsto dal d. lgs. 758/1994 nei casi di accertamento della violazione dell'art. 169 del « codice », non apparendo in alcun modo assimilabili le norme concernenti le « misure minime di sicurezza » da adottare per le ipotesi di « trattamento » di dati personali, con le norme integrative del precetto penale in materia di sicurezza del lavoro.

Mentre rispetto a quest'ultime infatti, il dato della standardizzazione « tecnica » appare obiettivamente tangibile e puntuale sì che la prescrizione dell'organo accertatore finisce ordinariamente col mostrarsi, in ultima analisi, come la risultante di una rigorosa applicazione della migliore scienza del settore, nell'altro caso invece, le « misure » eventualmente da adottare paiono poter costituire — per la loro natura — soltanto la risultante di un percorso « valutativo » marcatamente soggettivo e perciò sicuramente opinabile.

Motivo che ha indotto i primi commentatori del disposto in parola, pur apprezzando l'aspetto specialpreventivo che fonda il meccanismo estintivo anzidetto, a proporre la depenalizzazione dell'illecito in questione (1).

(1) V., in questa prospettiva: CORRIAS LUCENTE, *La nuova normativa penale a tutela dei dati personali*, in CARDARELLI-SICA-ZENO ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 651, nonché MANNA, *Commento al « Codice della privacy »*, in *Dir. pen. e processo*, n. 1/2004, 27-29.

che il Garante adotta, in via definitiva o cautelare, in sede di *ricorso* o di *reclamo* proposto dall'interessato.

Già a livello intuitivo si coglie, invero, l'omogeneità della prima « tipologia » di provvedimenti richiamati, con altri che il Garante può adottare disciplinando le condizioni di « liceità » del trattamento dati.

Poco chiaro, pertanto, il motivo per cui essi non siano stati più coerentemente richiamati nella fattispecie di « trattamento illecito », a meno di non ritenere che al legislatore, anche in questo caso, formulando i contorni della figura criminosa, sia « sfuggita di mano » la « tecnica di rinvio » alla normativa di disciplina (a cui è costantemente ricorso), sí da generare un'ulteriore ipotesi incriminatrice priva di razionalità e sistematicità.

D'altronde, per quanto concerne il presidio penale all'obbligo di osservanza delle altre specie di provvedimenti (« decisioni »), il precetto — strutturato sulla falsariga della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. — ha a cuore le funzioni di tutela amministrativa assegnate dal « codice » al Garante, le quali — come ebbe a rilevarsi sin dai primi commenti dieci anni or sono — « non (possono) essere considerate giurisdizionali in senso stretto... ma piuttosto assimilabili a quelle forme di amministrazione contenziosa che richiedono il carattere neutrale dell'organo e danno luogo a provvedimenti classificabili come decisioni amministrative » (1).

Degno di nota, comunque, il fatto che si sia assegnato rilievo penale all'inosservanza dei provvedimenti (« decisioni ») adottati del Garante in sede di *ricorso* e *reclamo* dell'interessato, dimenticando (forse...) che provvedimenti di contenuto analogo possono essere adottati anche dal Giudice ordinario che può essere adito dall'interessato, in via alternativa al Garante.

A meno che questa disciplina non nasconda un uso quanto meno « improprio » della previsione della fattispecie penale, introdotta quindi non tanto per motivare il destinatario del precetto (penale) all'adozione del comportamento prescritto dal Garante, bensì per spingere l'interessato (il « ricorrente » o il « reclamante ») a preferire la via della tutela amministrativa rispetto a quella giurisdizionale in vista del carattere più cogente delle « decisioni » assumibili da parte del Garante stesso. Ipotesi, questa, tutt'altro che peregrina se è vero, come si è sottolineato, che anche la previsione delle sanzioni penali, con il « forte deterrente », costituisce uno degli « inequivoci sintomi del favor (legis) nei confronti della tutela cautelare amministrativa » (2).

Tace ad ogni buon conto l'art. 170 (come già taceva l'art. 37 l. 675/

(1) CARDARELLI, Art. 29, commi 1, 2, 3, 4, 5, in GIANNANTONIO-LOSANO e ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova 1997, 268.

(2) ARIETTA, Art. 29, commi 6, 7, 8, in GIANNANTONIO-LOSANO e ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., 277-278.

Art. 170

(Inosservanza di provvedimenti del Garante)

1. Chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante ai sensi degli articoli 26, comma 2, 90, 150, commi 1 e 2, e 143, comma 1, lettera c), è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.

Commento di STEFANO DEL CORSO

Fatto delittuoso già contemplato, nella sua fisionomia e nei suoi assi portanti, dall'art. 36 l. 675/1996, l'art. 170 punisce oggi con identica pena (reclusione da tre mesi a due anni), l'inosservanza dei provvedimenti adottati dal Garante:

— ex art. 26, comma 2°, ovvero di quelle « misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato » che il Garante può prescrivere all'atto di consentire al privato il trattamento di dati sensibili;

— ex art. 90, in materia di trattamento di dati genetici;

— ex art. 150, commi 1° e 2°. Vale a dire dei provvedimenti, resi nel procedimento instauratosi a seguito di *ricorso* dell'interessato, di « blocco in tutto o in parte di taluno dei dati », ovvero di « immediata sospensione di una o più operazioni del trattamento » (comma 1°); nonché del provvedimento, pronunciato all'esito sempre di *ricorso* dell'interessato, di « cessazione del comportamento illegittimo », con il quale si indicano altresì « le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione » (comma 2°);

— ex art. 143, comma 1°, lett. c), con cui — in sede di *reclamo*, anche prima della definizione del procedimento, può essere disposto il « blocco » o il *divieto*, in tutto o in parte, del trattamento che risulta illecito o non corretto, ovvero qualora sussista un « concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati ».

Non è chiara la ragione di questa unificazione legislativa, visto che l'insieme dei provvedimenti del Garante oggetto della disposizione, non sono riconducibili ad una stessa tipologia: da una parte, infatti, si incontrano provvedimenti di autorizzazione al trattamento di c.d. dati sensibili e di dati genetici; dall'altra, invece, ci si imbatte in provvedimenti (*rectius*, decisioni)

1996) sul destino del reato nel caso di riconoscimento, successivo alla condotta, della illegittimità della « decisione » del Garante. Problema che, forse, potrebbe essere almeno in parte risolto qualora si ritenesse ammissibile un sindacato del giudice penale sulla legittimità di tale decisione, sia pure in difetto di una sua espressa menzione normativa.

Poco chiaro, pertanto, il motivo per cui essi non siano stati più coerentemente richiamati nella fattispecie di « trattamento illecito », a meno di non ritenere che al legislatore, anche in questo caso, formulando i contorni della figura criminosa, sia « sfuggita di mano » la « tecnica di rinvio » alla norma tipica di disciplina (a cui è costantemente ricorso), da generare un'alterazione di natura qualitativa di razionalità e sistematicità. D'altronde, per quanto concerne il problema penale all'epoca il caso avanzava delle altre specie di provvedimenti (« decisioni »), il precetto - strutturato sulla falsariga della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. - ha a cuore le funzioni di tutela amministrativa assegnate dal « codice » al Garante - come ebbe a rilevare sin dai primi commenti dieci anni or sono - e non possono essere considerate giuridicamente in senso stretto « violazioni » di quelle norme di tutela amministrativa, contraria che il giudice penale, nel valutare l'elemento oggettivo, è tenuto a provvedere, classificabili come « decisioni amministrative » (1).

Devo di più, comunque, il fatto che si sia assegnata l'illecito penale all'ipotesi di provvedimento (« decisione ») adottati dal Garante in sede di ricorso e reclamo dell'interessato, anziché (come dovrebbe) in sede di contenuto analogo, possono essere adottati anche dal giudice ordinario che può essere adito dall'interessato, in via alternativa al Garante. A meno che questa disciplina non nasconde un uso quanto meno « improprio » della previsione della fattispecie penale, introdotta quindi non per porre in discussione il « trattamento illecito », ma per sanzionare il comportamento del Garante, pensò per spingere l'interessato (il « conteso ») a reclamarne (« o il « reclamo ») e a praticare la via della tutela amministrativa rispetto a quella giurisdizionale in vista del carattere più coerente della « decisione » assunti da parte del Garante stesso. Infatti, questa, tutt'al più, che per sé si è sottolineata, che anche la previsione delle sanzioni penali, con la « loro detrazione », costituisce una degli « interventi » del legislatore nel campo della tutela amministrativa, e non un'eccezione a un sistema di tutela amministrativa.

Tace ad ogni buon conto l'art. 170 (come già faceva l'art. 37 l. 675/1996). Non è chiara la ragione di questa ommissione legislativa, visto che l'intervento del Garante, in sede di ricorso, è disciplinato dalla legge.

(1) CARABELLI, art. 20, paragrafo 1, n. 2, § 1, e art. 25, comma 1, § 1, in: « Giurisprudenza », fasc. 10, 1997, pag. 1000.

Art. 171 (Altre fattispecie)

1. La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Commento di STEFANO DEL CORSO

Intervento incomprensibile, questo, da parte del legislatore delegato. O meglio, probabilmente spiegabile nell'ottica di un legislatore poco attento a rispettare quello che avrebbe dovuto essere il coerente contenuto di un « codice » chiamato a disciplinare il « trattamento » di dati personali.

Invero, si è stabilito che « la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 » sia « punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300 ».

Ma gli art. 113 e 114 del « codice » si limitano a prescrivere, in termini alquanto surreali, che « resta fermo quanto stabilito » dagli artt. 8 e 4 l. 300/1970, che vietano al datore di lavoro - rispettivamente - « di effettuare, anche a mezzo di terzi, indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore », e di fare « uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori ».

Precetti la cui violazione era (ed è) per l'appunto sanzionata proprio dall'art. 38 l. 300/1970!

2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, quando non è possibile farne a meno.

3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, quando non è possibile farne a meno.

(1) M. ROMANO, Commentario sistematico alla legge 20 maggio 1970, n. 300, fasc. 10, 1997, pag. 1000.

Art. 172
(Pene accessorie)

1. La condanna per uno dei delitti previsti dal presente codice importa la pubblicazione della sentenza.

Commento di STEFANO DEL CORSO

Ai sensi dell'articolo in esame (come già dell'art. 38 l. 675/1996) si dispone che, alla condanna per uno qualsiasi dei delitti previsti dal « codice », consegua la pena accessoria della pubblicazione della sentenza, pena che – in termini generali – « si spiega con una esigenza di prevenzione generale e speciale, indotta attraverso la dimostrazione della repressione dell'illecito e il discredito gettato sul suo autore »⁽¹⁾.

Peraltro, è ragionevole predire che « il messaggio affidato » al disposto in questione « finisca con il suonare meramente "simbolico" quando non addirittura velleitario a fronte... (de)gli effetti esiziali sul destino di queste sanzioni spiegati sia dal patteggiamento che dalla estensione alle stesse pene accessorie della sospensione condizionale »⁽²⁾.

La natura contravvenzionale dei reati previsti dagli artt. 169 e 171 del « codice » esclude, come detto, che questa pena accessoria possa seguire alla condanna per uno di essi. Ma non deve dimenticarsi che per i reati di cui agli artt. 8 e 4 l. 300/1970 (e dunque per quelli di cui all'art. 171 del « codice »), l'art. 38 dello Statuto dei lavoratori prescrive che, « nei casi più gravi », l'autorità giudiziaria ordini « la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale ».

(1) M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 2ª ed., 270.

(2) M. MANTOVANI, *Le fattispecie incrimina-*

trici della legge sulla privacy: alcuni spunti di riflessione, in *Crit. dir.*, 1997, 209.