

---

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE

---

## LA RECENTE RIFORMA DELLE NORME PENALI A TUTELA DELLA RISERVATEZZA INFORMATICA

---

**SOMMARIO:** 1. Premessa — 2. L'art. 34 - L'omissione od incompletezza della notificazione al Garante (degradata ad illecito amministrativo). — 3. L'art. 35 - Il delitto di trattamento illecito. — 4. L'art. 36 - L'inosservanza di misure di sicurezza. — 5. L'art. 37 - Il reato di inottemperanza ai provvedimenti del Garante. — 6. L'art. 37-bis - Mendacio nelle comunicazioni al garante.

---

### 1. PREMESSA.

---

1. Il decreto legislativo n. 467 del 28 dicembre 2001 ha introdotto rilevanti cambiamenti nella disciplina della privacy, secondo talune delle indicazioni elaborate nel corso della sua prima applicazione. L'intervento penale ha riguardato anche il sistema penale accessorio alla legge. La novella non ha però modificato l'impianto originario, la ideologia repressiva né la tecnica di tutela adottata dal legislatore del 1996. Si tratta, dunque, di adeguamenti che non imprimono una sensibile inversione di tendenza nel sistema penale.

L'apparato sanzionatorio della legge n. 675 ricorreva con abbondanza agli strumenti del diritto penale e prevedeva numerose figure di reato, ancorché la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa avesse demandato alla discrezione dei singoli legislatori statali di stabilire il novero e la tipologia delle sanzioni da adottare<sup>1</sup>.

Sin dall'origine la legge n. 675 del 1996 è ricorso al c.d. doppio binario di sanzioni ed istituito nuove figure di reato e di illecito amministrativo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> L'art. 10 della Convenzione, in materia di sanzioni, prevede che: «ciascuna parte s'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».

<sup>2</sup> Hanno commentato la legge: AA.VV., *Guida alla tutela della privacy, Guida al diritto*, dicembre 1996; R. IMPERIALI e R. IMPERIALI, *La tutela dei dati personali, Il Sole-24 Ore*, L'Aquila, 1997; GIANNANTONIO, LOSANO, ZENO-ZENCOVICH (a cura di) *La tutela dei dati personali, commentario*

Vale preliminarmente rilevare che il legislatore non ha incentrato le figure di reato sulla immediata tutela della riservatezza e sanzionato la avvenuta lesione o la concreta messa in pericolo, né ha prescelto una prospettiva di tutela individualistica del singolo danneggiato, enfatizzando il rilievo assegnato al consenso dell'interessato dalle norme di disciplina.

La legge del 1996 ha disegnato un apparato sanzionatorio inestricabilmente correlato alle norme di disciplina. Tale collegamento è reso evidente dalla stessa formulazione delle norme incriminatrici, che sono configurate secondo la tecnica del rinvio.

Il modello descrittivo delle condotte vietate dagli artt. 34, 35, 36 e 37 formula: « in violazione dell'articolo » (ad esempio trattamento, comunicazione in violazione e simili). In tal modo, il nucleo illecito del tipo coincide con la violazione di una norma di riferimento, contenuta nella parte di disciplina della legge.

Il metodo del rinvio alla norma extrapenale per la descrizione della fattispecie incriminabile è stato oggetto di critiche di varia natura; in generale, si è considerato che il precetto extrapenale risponde a funzioni proprie del sistema di riferimento che, trapiantate all'interno della norma penale, spesso non si rivelano adeguate alle esigenze di quel ramo dell'ordinamento. In particolare, il metodo di descrizione *per relationem* ad altra norma, utilizzato dalla legge, è stato criticato perché la ordinaria problematica della tecnica del rinvio vi risulta amplificata: ogni singola fattispecie rinvia a numerose norme di disciplina, spesso eterogenee, e produce combinazioni talora infelici, sicché ne risulta ardua la estrapolazione del precetto e la sua sistemazione dogmatica<sup>3</sup>.

L'assetto sanzionatorio disegnato dalla legge del 1996 si presentava ispirato e diretto, piuttosto che alla diretta tutela della riser-

---

alla legge 675/1996, Padova 1999; CUFFARO, RICCIUTO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1998; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; AA.VV., *Privacy*, a cura di CLEMENTE, Padova, 1999. Sugli aspetti penali: BUTTARELLI, *op. cit.* pag. 527 segg.; CORRIAS LUCENTE, *Sanzioni penali e amministrative a tutto campo, Guida al diritto*, 1 febbraio 1997, pag. 82; Id., *sub artt. 34 a 38*, in *La tutela*, cit., pag. 490 segg.; Id., *Profili penali della recente legge sul trattamento dei dati personali*, *Studium juris*, 1998, I, pag. 1; Id., *Dato o notizia? La tutela della riservatezza e il diritto di cronaca*, in questa *Rivista*, 1999, pag. 96; BLAIOTTA, *Le fattispecie penali introdotte dalla legge sulla privacy*, in *Cass. pen.*, 1999, 1642; M. MANTOVANI,

*Le fattispecie incriminatrici della legge sulla privacy; alcuni spunti di riflessione*, in *Crit. dir.*, 1997, pag. 196; PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, pag. 281; AA.VV., *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, a cura di FRANCESCHELLI, Milano, 1998; VENEZIANI, *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, pag. 135; SARZANA, *Nata troppo in fretta la legislazione sulla privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pag. 992.

<sup>3</sup> CORRIAS LUCENTE, *La tutela*, cit., a cura di GIANNANTONIO, LOSANO, ZENO-ZENCOVICH, pag. 366; CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, p. 115

vatezza dei singoli, alla tutela di beni strumentali e prevalentemente delle funzioni di governo assegnate al Garante<sup>4</sup>.

La prospettiva di tutela adottata è, dunque, meta-individuale, tipicamente utilizzata in settori dell'ordinamento, come il mercato finanziario, dove la protezione degli interessi diffusi è affidata ad un'Autorità di vigilanza. Tuttavia, la direzione impressa alla tutela la distanzia dal diritto di riferimento: la riservatezza individuale.

Va ancora rilevato che le fattispecie penali introdotte dalla legge n. 675 presentavano altri comuni denominatori; si ascrivevano tutte alla classe dei delitti e costituivano reati di pericolo astratto. Tale classificazione è ritenuta coerente alla tutela di interessi vaghi e diffusi pertinenti ad un numero indeterminato di soggetti, ovvero di beni immateriali, per la difficoltà di distinguere in rapporto ad essi l'avvenuta lesione dalla mera esposizione al pericolo.

Il sistema penale accessorio tutela, dunque, beni funzionali: ossia le funzioni di vigilanza, controllo ed orientamento assegnate al Garante.

2. Lo strumentario penale allestito dalla legge n. 675, esaminato dai primi commentatori, non è rimasto indenne da censure complessive. Si è rilevato che era troppo pervasivo, che i reati istituiti erano troppo numerosi, che le norme criminalizzavano anche condotte innocue (incapaci di offendere realmente il bene della riservatezza) ed ancora che la tecnica del rinvio alla norma di disciplina rendeva talora oscuro e non sufficientemente determinato il nucleo illecito della fattispecie penale. La novella del decreto n. 467 del 2001 ha inciso in due sensi sull'apparato penalistico di tutela.

A) In primo luogo, ha modificato od integrato le norme di disciplina, con evidenti riflessi sulla fisionomia delle fattispecie penali, in forza del richiamo in esse operato;

B) quindi, ha modificato immediatamente talune norme incriminatrici.

Esaminerò le novazioni ai soli fini penali, perché non desidero invadere l'area specifica di altre discipline. Va, tuttavia, precisato che le modifiche fondamentali alla normativa di disciplina tendono a diversi scopi, quali lo snellimento e la semplificazione delle procedure richieste per il trattamento dei dati, nonché l'attribuzione al Garante di compiti ulteriori di orientamento ed indirizzo del sistema che culminano nell'istituto del bilanciamento preventivo degli interessi. Entrambi i perni della riforma si riverberano sulle figure di reato, mutandone specularmente il contenuto.

---

<sup>4</sup> BLAIOTTA, *op. cit.*, pag. 1651.

## 2. L'ART. 34 - L'OMISSIONE OD INCOMPLETEZZA DELLA NOTIFICAZIONE AL GARANTE (DEGRADATA AD ILLECITO AMMINISTRATIVO).

Nella originaria stesura — introdotta dalla legge 1996 n. 675<sup>5</sup> — la norme prefigurava il delitto di omessa, incompleta ed infedele notificazione: dell'inizio del trattamento (ai sensi dell'art. 7), del trattamento diretto verso Paesi non aderenti all'Unione Europea (ai sensi dell'art. 28) e della destinazione dei dati, nel caso di cessazione dell'attività (art. 16). La norma prevedeva, dunque, ben nove figure diverse di reato, derivanti dalla combinazione delle condotte vietate e delle norme violate.

Numerose critiche erano state rivolte sia alla normativa di riferimento, che al precetto penale.

Le prime riguardavano l'istituto della notificazione e la sua ipertrofia; l'adempimento era stato richiesto in modo tanto esteso da rischiare la paralisi dell'attività di controllo assegnata al Garante o da ridurne sensibilmente l'effettività.

Tanto sensata era parsa l'osservazione, che il D.Lgs. n. 255 del 97 aveva già previsto alcune semplificazioni dirette allo snellimento della procedure di notificazione; per certi versi, tuttavia, aveva aumentato l'incertezza sulla orbita di applicazione del reato.

Per quanto riguarda, invece, la norma penale, le censure più acute avevano rilevato che l'art. 34 — nelle forme dell'omissione o dell'incompletezza della notificazione — anticipava sensibilmente la soglia della punibilità: determinava cioè la criminalizzazione di semplici inadempimenti burocratici, che potevano rilevarsi anche innocui. L'ipotesi di reato era, infatti, alquanto eterogenea rispetto alla concreta lesione del bene della riservatezza. Del

<sup>5</sup> A commento della fattispecie: CORRIAS LUCENTE, *La tutela*, cit., pag. 482; in dottrina si v. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, pag. 532; M. CORRERA, P. MARCUCCI, *I reati commessi con l'uso del computer*, in *Banche dati e tutela della persona*, Padova 1986, p. 6; G. CORRIAS LUCENTE, *Sanzioni penali e amministrative a tutto campo per aumentare la tutela del cittadino*, Guida al Diritto, 1° febbraio 1997, pag. 82; R. IMPERIALI e R. IMPERIARI, *La tutela dei dati personali*, op. cit., pag. 186; M. MANTOVANI, *Le fattispecie irecriminatrici della legge sulla privacy: alcuni spunti di riflessione*, in *Crit. dir.*, 1997, p. 194; M.G. LOSANO, *Il diritto pubblico dell'informatica*, Torino, 1986, P. 25, seg. con un commento anche agli aspetti penali delle leggi tedesca e fran-

cese; Id., *Un progetto di legge sulla protezione dei dati personali*, in questa Rivista 1987, p. 465 pubblica il suo schema di legge che prevede scarso ricorso alla sanzione penale; Id., *La riservatezza nel nuovo codice penale spagnolo*, in questa Rivista. 1996, pag. 535; G. PECORELLA, *Profili penalistici della regolamentazione delle banche dati*, in *Le banche dati in Italia*, Napoli, 1985, pag. 147; e A. TRAVERSI, *Il diritto dell'informatica*, Ipsoa, 1985, pag. 198, commentano i reati previsti dal c.d. progetto Mirabeli e la ipotesi, correlativa all'art. 34, di omessa, infedele o incompleta notificazione configurata dall'art. 23 del progetto. M. PETRONE, *Banche dati e tutela della privacy riflessi penalistici*, in questa Rivista, 1988, pag. 81; BLAIOTTA, op. cit., pag. 164 s.; VENEZIANI, op. cit., p. 162.

resto appare evidente che l'omissione di un obbligo preliminare di comunicazione costituisce una forma tenue di violazione del sistema.

Va osservato, inoltre, che l'ipotesi dell'incompletezza della notificazione era connotata da una certa vaghezza. Il contenuto tipico della comunicazione è descritto dall'art. 7, co. 3 che indicava una lunga serie di dati. È ovvio che il difetto di taluni fosse rilevante e di altri innocuo; eppure la fattispecie non introduceva alcuna distinzione in tema d'incompletezza. Per evitare di concludere che qualsiasi difetto, anche minimo, della notificazione meritasse la sanzione penale, si rendeva prevedibile il ricorso a correttivi in sede d'interpretazione e di applicazione della legge. Si sarebbe potuta mitigare l'invadenza dell'incriminazione con diversi strumenti. Ad esempio, valutare la rilevanza della incompletezza ad ostacolare le funzioni di controllo del Garante; ossia ritenere il criterio della strumentalità requisito implicito della fattispecie. Ovvero, si sarebbe potuto utilizzare l'elemento soggettivo in funzione di delimitazione, per rilevare che soltanto la mancanza di dati preordinata ad ostacolare le funzioni del Garante costituisca indice sintomatico del dolo necessario ad integrare il reato.

La novella dell'art. 12 della legge n. 467 del 2001 si è resa interprete delle critiche ed è intervenuta in entrambe le aree, quella di disciplina e quella extrapenale.

Da un lato, ha profondamente mutato i precetti, ed in particolare la norma presupposta dell'art. 7, riducendo gli obblighi di notificazione dell'inizio del trattamento. Non è più imposto un generalizzato obbligo di notificazione, ma l'adempimento è ora collegato ad una valutazione prognostica: « se il trattamento, *in ragione delle relative modalità o della natura dei dati personali, sia suscettibile di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato*, e nei soli casi e con le modalità individuati con il regolamento di cui all'*articolo 33, comma 3* ». Ne risulta che l'obbligo di notificazione è coerentemente ancorato alla pericolosità del trattamento rispetto ai diritti individuali coinvolti.

Va, tuttavia, notato che la clausola condizionale è indeterminata: si impernia su comportamenti e valutazioni di complessa identificazione e per tale ragione non appare congeniale alla necessaria nettezza del precetto penale.

Un'altra novella ha inciso anche sull'art. 28: l'obbligo di notificazione del trattamento verso paesi non appartenenti all'U.E. è stato correlato alla presenza delle stesse condizioni ora richieste per le notificazioni previste dall'art. 7.

Particolarmente opportuna si rivela, perciò, la contestuale e rilevante modifica dell'art. 34. Il nuovo decreto ha, infatti, depenalizzato i reati di omessa ed incompleta notificazione (in violazione degli artt. 7, 16 e 28) degradandoli a mero illecito amministrativo.

La fattispecie risulta finalmente ispirata al criterio dell'*extrema ratio* che identifica nella sanzione penale, lo strumento al quale ri-

correre, per la tutela di beni costituzionalmente fondati, soltanto come misura estrema, quando le altre forme sanzionatorie risultino inadeguate ai fini di prevenzione generale e speciale.

La stessa norma ha disciplinato il procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative alle violazioni commesse anteriormente alla depenalizzazione (a condizione che non siano definite con sentenze o decreti irrevocabili) secondo la procedura delineata dalla legge 30 dicembre 1999 n. 507.

Il reato di infedeltà della notificazioni non è oggetto della depenalizzazione; la fattispecie è stata inserita in una norma di nuovo conio: l'art. 37-*bis*, che verrà in seguito esaminata.

### 3. L'ART. 35 - IL DELITTO DI TRATTAMENTO ILLECITO.

La principale norma dell'apparato penale è costituita dall'art. 35<sup>6</sup> che puniva:

1) nel primo comma, il *trattamento* di dati personali in violazione dell'art. 11 (che pretende il consenso dell'interessato per il trattamento dei dati personali), dell'art. 20 (la cui lett. *a*) impone il consenso dell'interessato per la comunicazione e diffusione dei dati personali) e dell'art. 27 (che regola il trattamento da parte dei soggetti pubblici). La norma prevedeva come circostanza aggravante la comunicazione o diffusione degli stessi dati;

2) nel secondo comma, la *comunicazione o diffusione* di dati personali in violazione dell'art. 21 (ossia del divieto di comunicazione e diffusione dei dati per finalità diverse da quelle indicate nella notificazione o di cui sia stata ordinata la cancellazione), dell'art. 22 che disciplina il trattamento dei dati sensibili (e lo legittima ordinariamente in presenza del consenso dell'interessato e dell'autorizzazione del Garante), dell'art. 23 (che riguarda il trattamento dei dati relativi alla salute da parte degli esercenti le professioni sanitarie) e dell'art. 24 (che disciplina i dati idonei a rivelare taluni provvedimenti inscrivibili nel casellario giudiziario), inoltre del divieto di cui all'art. 28, comma 3 (di trasferire dati sensibili verso uno Stato che non assicuri una tutela pariordinata a quella italiana). La norma configurava quale circostanza aggravante il nocumento determinato dal reato.

<sup>6</sup> Sulla interpretazione della norma si è sviluppato un interessante indirizzo giurisprudenziale: cfr. Procura della Repubblica presso la Pretura di Roma, 10 ottobre 1998 e Gip presso la Pretura di Roma 16 ottobre 1998, in questa *Rivista*, 1999, rispettivamente, pag. 90 e 94, con nota adesiva di CORRIAS LUCENTE, *Dato o notizia? La tutela della riservatezza ed il diritto*

*di cronaca*; conforme Trib. civ. Milano, 14 ottobre 1999, RCS c. Valoti Orcese, n. 600/99, inedita. Inoltre, CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale*, cit., pag. 116; Gup Pescara, 5 ottobre 2000, Gherardi, in *Cass. pen.*, 2001, 1415, con nota di GROSSO, *Una interessante sentenza di non luogo a procedere in tema di pubblicazione di dati personali da parte del giornalista*.

Numerose critiche, sia di natura formale che sostanziale, erano state rivolte alla norma penale.

Un primo ordine di censure aveva investito la stessa tecnica del rinvio utilizzata, che impone vertigini combinatorie per l'identificazione del precetto e determina, inoltre, notevoli discrasie. Ad esempio l'originario art. 35 prevedeva il reato di trattamento in violazione di disposizioni che regolano la comunicazione (35, co. 1 in violazione dell'art. 20) e, viceversa, il reato di comunicazione in violazione di disposizioni che regolano il trattamento (art. 35, co. 2 in relazione all'art. 22)<sup>7</sup>.

Inoltre, si rivelava un'incoerenza: la norma prefigurava la condotta costitutiva nella forma del trattamento, in relazione ai dati ordinari e circoscriveva, incomprensibilmente, alla sola condotta di comunicazione la tutela dei dati sensibili. In tal modo, l'area della punibilità risultava più delimitata proprio in relazione ai fatti connotati da maggiore disvalore<sup>8</sup>.

Talune delle questioni sollevate sono state risolte dal legislatore delegato con la recente novella, altre sopravvivono all'intervento modificatore.

La tecnica di formulazione della norma è rimasta invariata: la fattispecie incriminatrice non ha, dunque, acquisito maggiore autonomia e continua a rivestire una posizione servente rispetto alle norme extrapenali richiamate.

Ciò premesso, l'art. 35 esce, per altri versi, mutato dalla riforma: da un lato la figura di reato subisce l'effetto delle novazioni delle norme di disciplina richiamate nel *corpus* della fattispecie, dall'altro è stata diretto oggetto di modifiche ed integrazioni.

Nel primo ambito, assume particolare rilevanza la riforma dell'art. 12 e dell'art. 20; entrambi integrano il precetto dell'art. 35 co. 1 e costituiscono limiti all'applicazione della norma penale. Il legislatore, in un'ottica di semplificazione delle procedure, ha ampliato le previsioni derogatorie alla regola del consenso dell'interessato e ha previsto clausole di chiusura ed il c.d. bilanciamento preventivo, istituito innanzitutto dall'art. 12, lett. *h-bis*). Per tale norma, il consenso dell'interessato non è necessario nei casi che il Garante individua « sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, qualora non prevalgano le libertà fondamentali o un legittimo interesse dell'interessato ». L'art. 20 lett. *h-bis*) riproduce una clausola analoga.

Incidono, invece, in maniera diretta sulla fattispecie dell'art. 35 co. 2, le novelle introdotte alla disciplina del trattamento dei dati sensibili: attualmente contemplata nell'art. 22, co. 4 che prevede

<sup>7</sup> CORRIAS LUCENTE, *La tutela*, cit., pag. 493.

<sup>8</sup> BLAIOTTA, *op. cit.*, pag. 1651.

la sola autorizzazione del Garante (ed esclude la necessità del consenso) — oltre che per le già previste investigazioni difensive — anche per il trattamento svolto da organismi associativi od associazioni senza scopo di lucro, in relazione ai dati degli aderenti e per i trattamenti necessari a salvaguardare la vita o l'incolumità dell'interessato o di un terzo, quando il primo non possa prestare un valido consenso.

Le mutazioni che riguardano direttamente la norma penale sono numerose. Innanzitutto si è eliminata la disfasia esistente tra le condotte vietate dal primo e dal secondo comma: la tutela dei dati sensibili — allestita dal capoverso dell'art. 35 — è stata anticipata sino al trattamento e non consiste più nella sola comunicazione o diffusione.

Rimane, pressoché, immutato il dosaggio sanzionatorio: la norma prevede la stessa pena per la comunicazione o diffusione di dati ordinari e per il trattamento di quelli sensibili.

Nell'art. 35, co. 2 il decreto ha, inoltre, inserito una tipologia di condotta alternativa: la violazione del nuovo art. 24-bis. La norma introdotta dalla stessa novella prevede: « *Il trattamento dei dati diversi da quelli di cui agli artt. 22 e 24 che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti* ». Vi è prevista una sorta di clausola di chiusura del sistema, che evade dal principio di tipica individuazione e predefinizione dei dati sensibili. Consente, infatti, di assoggettare ad una più rigorosa disciplina anche dati innominati dal legislatore, ritenuti dal Garante meritevoli di rafforzata tutela. La disposizione è costellata di elementi valutativo-normativi che, attratti nel precetto penale attraverso il rinvio, lo renderebbero indeterminato. Il vizio che, la norma penale per tale ragione, presenterebbe è tuttavia escluso dalla procedura per l'identificazione e la disciplina dei dati innominati, meritevoli della superiore protezione prevista dal co. 2 dell'art. 24-bis (« le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono *prescritti dal Garante* sulla base dei principi sanciti dalla legge nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, sulla base di un eventuale interpello del titolare »). È, dunque, conferito al Garante il potere di individuare i dati atipici e di prescrivere accorgimenti e misure per la loro maggior tutela ed il relativo trattamento. Tale norma costituisce, pertanto, il criterio interpretativo del precetto penale, nel senso che la tutela riguarda i dati già identificati dal Garante. In tal modo la violazione dell'art. 24-bis si trasforma in una figura di inottemperanza alle prescrizioni del Garante, piuttosto che nella diretta ed immediata violazione di una norma di disciplina.



La previsione di illecito rappresenta, inoltre, una norma penale in bianco, perché la categoria di dati e le prescrizioni da rispettare devono essere individuate da successivi provvedimenti che si inseriscono nella norma penale e costituiscono il parametro per l'identificazione della violazione.

Si rivela, tuttavia, un'incoerenza nella disposizione extrapenale, dove prevede che le prescrizioni siano date dal Garante a seguito dell'interpello (non dell'interessato) ma del titolare del trattamento. Risulta, infatti, scarsamente plausibile che sia questo il soggetto interessato a circoscrivere l'ambito di libertà del proprio trattamento. Si può conseguentemente sostenere che anche l'interessato possa sollecitare il Garante ad imporre prescrizioni. Se l'applicazione analogica della norma di disciplina è ammissibile, si può dubitare che lo sia anche ai fini penali e che le prescrizioni date dal Garante a richiesta di un soggetto diverso dal titolare indicato dall'art. 24-*bis* (e perciò tipico) possano costituire parametro della violazione penale. A mio parere, vi è, infatti, da dubitare che un procedimento atipico rispetto a quello delineato dall'art. 24-*bis* possa configurare il presupposto del reato. Per il resto, l'art. 35 è rimasto invariato, nel senso che i delitti previsti sono recessivi rispetto ad altri più gravi, per la clausola di riserva espressa posta in esordio di entrambi le disposizioni: « salvo che il fatto costituisca più grave reato ».

Connota entrambe le fattispecie il dolo specifico, identificato in due finalità alternative: lo scopo di trarre profitto o di recare danno. L'elemento soggettivo — integrato dalla direzione della condotta verso lo scopo prefigurato dalla norma — riveste una funzione determinante: discernere le condotte lecite da quelle illecite.

L'ambito psicologico e quello dell'aggravante del nocumento effettivo sono i due spunti per il recupero della dimensione individualistica dell'illecito e della lesione diretta del bene giuridico.

Appare, infatti, evidente che le fattispecie continuano a sanzionare fatti che possono risultare anche innocui per il bene della riservatezza individuale e tutelano regole di natura meramente procedimentale.

L'inalterata tecnica sanzionatoria consente di individuare il bene giuridico direttamente tutelato dalla norma in una dimensione sovraindividuale e pubblica, che trascende i diritti dei singoli. In altri termini la riservatezza è tutelata, non in una visione atomistica, quale diritto di pertinenza di un singolo individuo<sup>9</sup>, ma nella tipica forma di un interesse diffuso e sovraindividuale<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> CORRIAS LUCENTE, *La tutela*, cit., pag. 483; ID., *Il diritto*, op. cit., pag. 119; VENEZIANI, *op. cit.*, pag. 169.

Confermano tale visione dell'area di tutela anche le recenti modificazioni intervenute nella disciplina di riferimento: alla riduzione dei casi in cui è richiesto il consenso dell'interessato corrisponde un sensibile incremento dei poteri di indirizzo e determinazione del Garante; un sistema di eccezioni rigide è sostituito da un sistema flessibile, in cui il Garante si installa con ruolo dirigitico e propulsivo.

Sopravvive anche alla novella una questione nomenclatoria: l'identificazione della natura penale riferibile alle deroghe previste dalle norme di disciplina. L'art. 35, co. 1, ad esempio, sanziona la violazione dell'art. 11 che prevede e disciplina il consenso dell'interessato per il trattamento da parte di soggetti privati ed enti pubblici economici. Configura, dunque, come delitto il trattamento di dati senza il consenso dell'interessato. L'art. 12 (non menzionato dalla norma penale) elenca le ipotesi in cui il trattamento può essere effettuato in deroga all'art. 11; dunque, senza il consenso dell'interessato. Tale norma si atteggia, perciò, come tipica causa di giustificazione. Se tale classificazione fosse esatta ne conseguirebbe un procedimento macchinoso: s'imporrebbe di accertare il reato per poi ritenerlo scriminato. Diversa è invece la situazione che deriva dal rinvio all'art. 20. La norma enuncia la regola (che prevede il consenso dell'interessato per legittimare la comunicazione o la diffusione dei dati) ed enumera contestualmente le deroghe. Il problema classificatorio risulta escluso in radice, perché chi opera in presenza di una delle eccezioni non ha violato l'art. 20 e conseguentemente non ha realizzato il delitto previsto dall'art. 35. Un chiarimento normativo sulla natura e funzione delle fattispecie dell'art. 12 in campo penale sarebbe stato, dunque, opportuno.

#### 4. L'ART. 36 - L'INOSSERVANZA DI MISURE DI SICUREZZA.

Nella previgente formulazione della legge n. 675, l'art. 36 prefigurava il delitto di omessa adozione delle misure necessarie a garantire la sicurezza dei dati personali, in violazione dei regolamenti previsti dall'art. 15 co. 1 e 2<sup>10</sup>.

Questa fattispecie appartiene alla classe dei reati di pericolo astratto: il nocumento derivato dall'omissione è qualificato infatti come semplice circostanza aggravante.

L'art. 36, oltre all'omissione dolosa, prevedeva nel secondo comma la figura dell'omissione colposa. Senonché il reato colposo

<sup>10</sup> CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, pag. 372; BLAIOTTA, *op. cit.*, pag. 1648; VENEZIANI, *op. cit.*, pag. 166; MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 207; A. TRAVERSI, *op. loc. cit.*, e G. PECORELLA, *op. loc. cit.* analizzano il

simile art. 26 (« omessa custodia di dati ») del disegno di legge Mirabelli; R. IMPERIALI, *op. cit.*, pag. 190; G. BUTTARELLI, *op. cit.*, pag. 538; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 207.

era sanzionato con una pena edittale identica a quella prevista per il reato doloso, mentre è d'uso dosare diversamente la pena in proporzione all'intensità dell'elemento soggettivo.

L'art. 36 esce profondamente mutato dalla riforma. Il reato è trasformato da delitto in contravvenzione, in quanto tale può indifferentemente esser sostenuto dal dolo o dalla colpa. Inoltre è stato introdotto l'istituto del ravvedimento operoso (art. 36, co. 2): il reato si estingue a seguito di un procedimento che l'autore del reato può instaurare davanti al Garante, che prevede l'adeguamento del sistema alle misure di sicurezza prescritte ed il pagamento di una somma a titolo di oblazione.

La degradazione dell'illecito da delitto a contravvenzione e la procedura del ravvedimento operoso rispondono ad esigenze deflative, ed, inoltre, attribuiscono alla norma una funzione propulsiva; risultano, perciò, coerenti con i beni da tutelare.

## 5. L'ART. 37 - IL REATO DI INOTTEMPERANZA AI PROVVEDIMENTI DEL GARANTE.

La fattispecie incriminatrice è rimasta immutata, ma è stato ampliato il novero dei provvedimenti tutelati attraverso la sanzione penale. La disposizione previgente riguardava i provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 22, co. 2: diniego o prescrizioni al trattamento dei dati sensibili; dell'art. 29, co. 4: ordine di cessazione del trattamento illegittimo e dell'art. 29, co. 5: blocco o sospensione cautelari dei dati o del trattamento<sup>11</sup>. È stato inserito ora il provvedimento previsto dall'art. 31, co. 1 lett. l (introdotto dalla novella) che prevede il potere del Garante di vietare il trattamento o di ordinare il blocco di dati, «quando risulti illecito o non corretto, anche per la mancata adozione delle misure ritenute necessarie dal Garante ai sensi della precedente lett. c)».

Il lessico che il legislatore utilizza in questa fattispecie per descrivere la condotta si distingue da quello di altre ipotesi di inosservanza di provvedimenti del giudice, quali il modello costituito dall'art. 388 cod. pen. che presenta un connotato di frode («compiimento di atti fraudolenti» od «elusione»). L'art. 37 invece richiede una semplice omissione; delinea, in tal modo, un reato di mera disubbidienza, assegnando così un presidio particolarmente severo ai provvedimenti adottati dal Garante.

<sup>11</sup> CORRIAS LUCENTE, *La tutela*, cit., pag. 373; BLAIOTTA, *op. cit.*, pag. 1659; VENEZIANI, *op. cit.*, pag. 175; A. TRAVERSI, *op. cit.*, p. 200 esamina l'art. 24 («inosservanza dei provvedimenti dell'Ufficio di controllo») del disegno Mirabelli. Sul punto G. PE-

CORELLA, *op. cit.*, p. 153; si v. inoltre R. BORRUSO, *Computer e diritto*, tomo secondo, Milano, 1988, p. 353 affronta la problematica dell'attività giornalistica nello stesso disegno di legge. R. IMPERIALI, *op. cit.*, pag. 191; G. BUTTARELLI, *op. cit.*, pag. 539.

L'art. 37 tutela, dunque, le funzioni del Garante con riguardo all'efficacia dei provvedimenti emanati.

Alcuni aspetti della disposizione erano stati segno di critiche rimaste inascoltate: era parso eccessivo il ricorso alla sanzione penale quale presidio dei provvedimenti indicati dall'art. 29, in quanto veniva e viene garantita una tutela anticipata all'esecuzione di provvedimenti soggetti ad impugnativa, indipendentemente dalla proposizione e dall'esito di questa.

#### 6. L'ART. 37-BIS - MENDACIO NELLE COMUNICAZIONI AL GARANTE.

Il preesistente delitto di infedele notificazione (in violazione degli artt. 7, 28 e 16), come rilevato, non è stato depenalizzato. La medesima violazione continua ad essere prevista come reato, seppure all'interno di una più ampia fattispecie incriminatrice introdotta dalla novella: l'art. 37-bis, reato che sanziona l'infedeltà in una serie di comunicazioni al Garante.

Le ipotesi di falsità riguardano, oltre le notificazioni, già tutelate, anche altre comunicazioni. L'oggetto del mendacio è descritto con una terminologia talora singolare: « atti, documenti o dichiarazioni resi od esibiti » sia nei procedimenti dinanzi al Garante che in accertamenti da questi condotti. La norma incriminatrice si amplifica poi nel sanzionare una teoria di altre infedeltà con una clausola di chiusura dilatante, che comprende « qualsiasi falsa dichiarazione di notizie o circostanze o produzione di atti o documenti falsi ».

Il legislatore ha impiegato un lessico nebuloso ed atipico per le previsioni di falso ideologico, incorrendo in ripetizioni. La distinzione tra « atto e documento », ad esempio, non risulta agevolmente comprensibile: il documento costituisce una categoria generale alla quale appartiene la classe tipicizzata degli atti. I termini « notizia e circostanza », d'altra parte, non costituiscono concetti tecnici e potevano essere sostituiti da espressioni tipiche delle falsità: (ad esempio fatti materiali o diverse specificazioni dell'oggetto della falsità).

È comunque evidente che il legislatore ha inteso assegnare un'area applicativa alquanto vasta alla fattispecie, estendendo il falso, non solo alle notificazioni o dichiarazioni, ma anche alle produzioni documentali di corredo.

La norma si può, dunque distinguere, in tre parti: infedeltà

- a) nelle notificazioni prescritte;
- b) nelle dichiarazioni o produzioni in procedimenti innanzi al Garante;
- c) in qualsiasi dichiarazione o documentazione diretta al Garante.

La disposizione, per alcuni versi essenziali, ricalca norme analoghe poste a tutela delle funzioni delle autorità di vigilanza (ad esempio la Consob) in altri settori.

Il reato presidia evidentemente la trasparenza; un interesse che soprattutto nella più recente produzione legislativa è assunto a rango di bene giuridico, in numerose discipline penalistiche accessorie. La tutela della trasparenza assume stampo pragmatico e tende a rafforzare le funzioni amministrative di riferimento; in questo caso quelle assegnate al Garante della privacy. Il legislatore ricorre più spesso a simili modelli d'incriminazione per la tutela di interessi immateriali e sovraindividuali.

La fattispecie di reato determina una seria anticipazione della tutela penale. S'impernia, infatti, sulla tutela del procedimento funzionale piuttosto che del bene finale, la riservatezza.

Va notato che non è rilevabile, all'interno della norma alcun espresso riferimento alla rilevanza del mendacio ed alla sua idoneità ad ostacolare l'esercizio delle funzioni del Garante; sembra così che sia stata prevista una figura formalistica di reato consistente nella mera violazione di obblighi di veridicità, distante dall'effettiva produzione del danno, anche sulla sola funzione.

La norma non introduce delimitazioni neppure sul versante dell'elemento soggettivo; quali ad esempio il connotato della frodeolenza richiesto dal classico falso nelle comunicazioni sociali previsto dall'art. 2621 del cod. civ. oppure la finalità di ostacolare l'accertamento (o le funzioni) previste dalla figura della frode fiscale.

Tale fattispecie, come altre simili presenti nel settore del mercato finanziario, risulta dunque impoverita rispetto a precedenti modelli.

Purtuttavia sono ipotizzabili correttivi in sede d'interpretazione od applicazione giudiziaria, sia sulla base della tesi dell'irrilevanza penale del falso innocuo, per evitare che anche falsità irrilevanti ai fini delle funzioni siano attratte nell'orbita sanzionatoria, sia attraverso una ricostruzione del bene giuridico in linea con la più recente tendenza dogmatica, secondo cui il bene della trasparenza deve trovare specificazione nella concreta funzione alla quale si riferisce.