

Rassegna di giurisprudenza commentata

(a cura) di Fiammetta Caggiano, Roberta Errico e Angela Sepe

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 3 ottobre 2013 - C 59/2012- BKK c/ Wettbewerbs

La direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, vieta la commissione di pratiche scorrette anche se poste in essere da un Ente Pubblico, incaricati della gestione di un servizio di interesse generale, qual è la Cassa malattia, organizzata sotto forma di organismo di diritto pubblico, che gestisce il regime legale di previdenza sociale.

La sentenza in rassegna ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Bundesgerichtshof (Germania), con decisione del 18 gennaio 2012, pervenuta in cancelleria il 6 febbraio 2012.

Più specificamente, il Bundesgerichtshof ha proposto questione pregiudiziale vertente *sull'interpretazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)* (GU L 149, pag. 22).

La Corte di Giustizia, prima di pronunciarsi sulla questione pregiudiziale sottoposta, individua il contesto normativo rilevante nel caso di specie.

Diritto dell'Unione.

3. I considerando da 5 a 8, 11, 12 e 14 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, enunciano quanto segue:

«(5) (...) gli ostacoli alla libera circolazione di servizi e di merci transfrontaliera o alla libertà di stabilimento (...) dovrebbero essere eliminati. Ciò è possibile solo introducendo a livello comunitario norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori e chiarendo alcuni concetti giuridici, nella misura necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno e per soddisfare il requisito della certezza del diritto.

(6) La presente direttiva ravvicina pertanto le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi. (...)

(7) La presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti. (...)

(8) La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale. (...)

(...)

(11) L'elevata convergenza conseguita mediante il ravvicinamento delle disposizioni nazionali attraverso la presente direttiva dà luogo a un elevato livello comune di tutela dei consumatori. La presente direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. (...)

(12) Dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. (...)

(...)

(14) È auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente. (...).

4 Ai sensi dell'**articolo 1 di tale direttiva**:

«La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori».

5 **L'articolo 2 della stessa direttiva** è formulato nel modo seguente:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

a) "consumatore": qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;

b) "professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista;

c) "prodotto": qualsiasi bene o servizio (...);

d) pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori" (in seguito denominate "pratiche commerciali"): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

(...).

6 *L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali* così dispone:

«La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».

7 *L'articolo 5 della direttiva in esame, rubricato «Divieto delle pratiche commerciali sleali»*, è così redatto:

«1. Le pratiche commerciali sleali sono vietate.

2. Una pratica commerciale è sleale se:

a) è contraria alle norme di diligenza professionale,

e

b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

(...)

4. n particolare, sono sleali le pratiche commerciali:

a) ingannevoli di cui agli articoli 6 e 7

(...).

8 *L'articolo 6, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce quanto segue:*

«È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

(...).

Il diritto tedesco.

L'articolo 2 della legge sulla repressione della concorrenza sleale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, «UWG»), in cui è stata trasposta nel diritto interno tedesco la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, è così formulato:

«(1) Ai fini della presente legge, s'intende per:

1. "pratica commerciale": qualsiasi condotta posta in essere da una persona a beneficio dell'impresa propria o di terzi prima, durante o dopo la conclusione di un negozio, che sia oggettivamente connessa alla promozione delle vendite, all'acquisto di merci o servizi o alla stipula o all'esecuzione di un contratto avente per oggetto merci e servizi; per merci si intendono anche i beni immobili e per servizi i diritti e le obbligazioni;

(...)

6. "imprenditore": qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di tale persona;

(...).

Ricostruito il quadro normativo rilevante nella specie, la Corte di Giustizia descrive il procedimento principale, nel corso del quale è stata presentata la questione pregiudiziale.

La BKK Mobil Oil Körperschaftsdes öffentlichen Rechts (d'ora in poi la «BKK»), è un organismo pubblico che gestisce la cassa malattia del regime legale.

La Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e V. (associazione per la lotta contro la concorrenza sleale; d'ora in poi la «Wettbewerbszentrale») proponeva ricorso avverso la BKK affinché fosse inibita a quest'ultima *la diffusione delle seguenti affermazioni, apparse nel dicembre 2008 sul suo sito Internet:*

«Chi lascia adesso [la BKK], si vincola alla nuova cassa [malattia del regime legale] per i 18 mesi successivi. Così facendo, Lei si perde le interessanti offerte che [la BKK] intende offrire il prossimo anno ed è possibile che alla fine Lei incorra in un ulteriore pagamento, qualora alla nuova cassa non sia sufficiente il denaro versato e pertanto riscuota un contributo supplementare».

Ciò in quanto tali informazioni sarebbero ingannevoli e, quindi, vietate sia dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali sia dal diritto interno della concorrenza, avendo omesso di indicare *che, in caso di riscossione di un contributo supplementare, la legge tedesca accorda agli assicurati un diritto di recesso speciale.*

La Wettbewerbszentrale, con lettera del 17 dicembre 2008, inibiva alla BKK la diffusione di tali informazioni e pretendeva dalla stessa la sottoscrizione di un impegno in tal senso, accompagnata da una clausola penale, nonché il rimborso delle spese extragiudiziali.

La BKK, da un lato, ritirava le dichiarazioni contestate dal suo sito Internet, riconoscendo di aver pubblicato informazioni errate ed impegnandosi a non effettuare in futuro alcuna pubblicità con le dichiarazioni contestate. Dall'altro, non si riteneva disposta *né a rilasciare alla Wettbewerbszentrale la dichiarazione richiesta, accompagnata da una clausola penale, né a farsi carico delle spese stragiudiziali.*

16 Secondo la BKK, alla controversia principale non sono applicabili né le disposizioni dell'UWG né quelle della direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Dall'articolo 2, lettera d), di tale direttiva risulterebbe infatti che la stessa si applica solo alle «pratiche commerciali» di un «professionista» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della stessa direttiva e l'articolo 2, paragrafo 1, punti 1 e 6, dell'UWG sarebbe formulato in modo sostanzialmente identico alle citate disposizioni della suddetta direttiva. Orbene, tali criteri non sarebbero soddisfatti nel caso di specie, dal momento che la BKK, in quanto organismo di diritto pubblico, non persegue alcuno scopo di lucro.

Il giudice di primo grado inibiva alla BKK, a pena di ammenda, l'uso delle informazioni contestate a fini pubblicitari e concorrenziali nell'ambito delle proprie attività e la condannava a versare alla Wettbewerbszentrale la somma di euro 208,65, oltre agli interessi.

Avverso la sentenza di primo grado la BKK proponeva prima appello e poi ricorso al Bundesgerichtshof.

Quest'ultimo, pur ritenendo che le informazioni pubblicitarie diffuse dalla BKK costituissero una pratica ingannevole ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali e che tale pratica dovrebbe essere vietata in quanto viola l'UWG, rilevava che una simile violazione si sarebbe potuta configurare solo se le disposizioni della suddetta direttiva, su cui l'UWG si fonda, fossero applicabili ad un organismo pubblico qual è la BKK.

Tuttavia, la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette non chiariva in modo certo se *un operatore quale la BKK, che riveste la qualifica di organismo di diritto pubblico per assolvere le funzioni del regime legale di assicurazione malattia*, nel diffondere le informazioni contestate, avesse agito in qualità di «professionista», ai sensi della predetta direttiva.

Si potrebbe infatti sostenere che un siffatto organismo (la BKK) non eserciti un'attività economica, bensì persegua esclusivamente uno scopo sociale.

Per tale motivo, il Bundesgerichtshof, sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte di Giustizia, se l'autore di informazioni, qualificate come pratiche commerciali scorrette, nel caso di specie la BKK, rientrasse nell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, e in particolare rivestisse lo *status* di professionista (ai sensi dell'art. 3, par. 1, in combinato disposto con l'articolo 2), ove tale autore ri-

vestisse la qualifica di organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale la gestione di un regime legale di assicurazione malattia.

Ciò premesso in punto di fatto, la Corte di Giustizia, in via preliminare, richiama il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale:

tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi (v., in particolare, sentenze del 19 settembre 2000, Linstster, C287/98, Racc. pag. I917, punto 43; dell'11 marzo 2003, Ansul, C40/01, Racc. pag. I2439, punto 26, e del 30 giugno 2011, VEWA, C271/10, Racc. pag. I5815, punto 25).

26 Di conseguenza, la qualifica, lo status giuridico nonché le caratteristiche specifiche dell'organismo in questione a titolo del diritto nazionale sono irrilevanti ai fini dell'interpretazione di tale direttiva da parte della Corte e ai fini di consentire alla Corte stessa di rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio.

Per tale motivo, al fine di fornire una risposta alla questione pregiudiziale sollevata, secondo la Corte: *occorre necessariamente constatare che, sebbene la direttiva sulle pratiche commerciali sleali utilizzi invariabilmente il termine «consumatore», essa designa la controparte in una transazione commerciale ver-tente su un prodotto o con il termine «impresa» o con il termine «professionista».*

28 Pertanto, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 1, tale direttiva «si applica alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori (...) poste in essere prima, durante e dopo un'operazione».

29 Per quanto riguarda l'articolo 2, lettera d), della stessa direttiva, esso prevede che la nozione di «pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori» riguardi «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Il termine «prodotto» è definito allo stesso articolo, lettera c), come relativo a qualsiasi bene o servizio, non escludendo quindi nessun settore di attività.

30 Tale articolo 2, lettera b), definisce la nozione di «professionista» come «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto [di tale] direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

Sulla base di tali premesse, la Corte di Giustizia afferma:

dal tenore letterale dell'articolo 2, lettera b), della direttiva sulle pratiche commerciali sleali risulta anzitutto che il legislatore dell'Unione ha sancito un concetto particolarmente ampio della nozione di «professionista», la quale comprende «qualsiasi persona fisica o giuridica» in quanto eserciti un'attività remunerata e non esclude dal suo ambito di applicazione né gli enti incaricati di una missione di interesse generale né quelli che abbiano uno status di diritto pubblico.

33 Inoltre, per quanto riguarda il tenore letterale stesso delle definizioni di cui all'articolo 2, lettere a) e b), di tale direttiva, il senso e la portata della nozione di «professionista» di cui alla direttiva medesima devono essere determinati a seconda della nozione, correlativa ma antinomica, di «consumatore», che designa ogni privato non impegnato in attività commerciali o professionali (v., per analogia, sentenza del 19 gennaio 1993, Shearson Lehman Hutton, C89/91, Racc. pag. I139, punto 22).

34 Orbene, come risulta in particolare dal suo articolo 1 e dal suo considerando 23, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali mira al conseguimento di un elevato livello comune di tutela dei consumatori

mediante un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali, ivi compresa la pubblicità sleale dei professionisti nei confronti dei consumatori, lesive degli interessi economici di questi ultimi (v., in tal senso, sentenza del 9 novembre 2010, *MediaprintZeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C540/08, Racc. pag. I10909, punto 27).

35 **ale obiettivo perseguito dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, consistente nel tutelare pienamente i consumatori contro pratiche di tal genere, si basa sul fatto che, rispetto ad un professionista, il consumatore si trova in una posizione di inferiorità, in quanto parte contraente che dev'essere considerata economicamente più debole e meno esperta sul piano giuridico della controparte** (v., per analogia, sentenza *Shearson Lehman Hutton*, cit., punto 18).

36 **Anche la Corte ha statuito che, ai fini dell'interpretazione della direttiva in esame, la nozione di consumatore riveste un'importanza fondamentale e che le sue disposizioni sono concepite essenzialmente nell'ottica del consumatore quale destinatario e vittima di pratiche commerciali sleali** (v., in tal senso, sentenze del 12 maggio 2011, *Ving Sverige*, C122/10, Racc. pag. I3903, punti 22 e 23, nonché del 19 settembre 2013, *CHS Tour Services*, C435/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43).

Per tale motivo, venendo al caso di specie:

gli iscritti alla BKK, che devono evidentemente essere ritenuti consumatori ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, rischiano di essere indotti in errore dalle informazioni ingannevoli diffuse da tale organismo, che impediscono loro di scegliere in modo consapevole (v. considerando 14 di tale direttiva) e li inducono così ad assumere una decisione che non avrebbero preso in mancanza di tali informazioni, come previsto all'articolo 6, paragrafo 1, della stessa direttiva. In tale contesto sono irrilevanti sia la natura pubblica o privata dell'organismo in questione sia la specifica missione da esso perseguita.

In definitiva, la Corte di Giustizia risolve la questione pregiudiziale sottopostale, affermando che la **direttiva sulle pratiche commerciali sleali deve essere interpretata nel senso che rientra nel suo ambito di applicazione *ratione personae* un organismo di diritto pubblico incaricato di una missione di interesse generale, quale la gestione di un regime legale di assicurazione malattia.**

Ne consegue, dunque, che, ai sensi della predetta direttiva, alla **BKK** va attribuito lo **status di «professionista»**.

In senso conforme:

Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento del 17 settembre 2008 n. 18888.

La natura pubblicistica del soggetto, che opera con strumenti privatistici nei confronti dei consumatori, non osta a qualificarlo come «professionista», ai fini dell'applicabilità delle norme in materia di pratiche scorrette, di cui al titolo III del codice del consumo.

Con riferimento ai principi affermati in sentenza, si segnala:

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 30 giugno 2011, *VEWA*, C271/10, punto 25; sentenza dell'11 marzo 2003, *Ansul*, C40/01, punto 26, e); sentenza del 19 settembre 2000, *Linster*, C287/98, punto 43.

Tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi.

DIRITTO D'AUTORE

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 3 ottobre 2013 - C 170/2012 - Peter Pinckney c/ KDG Mediatech AG

È legittimato a conoscere di un'azione per responsabilità, presentata dall'autore di un'opera nei confronti di una società, con sede in un altro Stato membro, per aver riprodotto la citata opera su un supporto materiale che è stato poi venduto, da alcune società con sede in un terzo Stato membro, tramite un sito Internet accessibile anche nel distretto del giudice adito, il giudice dello stato di residenza dell'autore dell'opera che ha subito la violazione, limitatamente al danno cagionato nel territorio in cui ha sede il suo distretto giudiziario. Diversamente, difatti, da quanto previsto in materia di protezione dei diritti della persona, la tutela della proprietà intellettuale discende dalla registrazione dell'opera. Ciò sul presupposto che il giudice dello stato di registrazione dell'opera è quello meglio in grado di valutare se sussista effettivamente una violazione del diritto d'autore.

Con la sentenza in rassegna la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale proposta dalla Cour de Cassation (Francia), in ordine all'interpretazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1). In via preliminare, la Corte di Giustizia ricostruisce il contesto normativo rilevante nella specie.

3 *I considerando 2, 11, 12 e 15 del regolamento così recitano:*

«(2) Alcune divergenze tra le norme nazionali sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle decisioni rendono più difficile il buon funzionamento del mercato interno. È pertanto indispensabile adottare disposizioni che consentano di unificare le norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e di semplificare le formalità affinché le decisioni emesse dagli Stati membri vincolati dal presente regolamento siano riconosciute ed eseguite in modo rapido e semplice.

(...)

(11) Le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità ed articolarsi intorno al principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto, la quale deve valere in ogni ipotesi salvo in alcuni casi rigorosamente determinati, nei quali la materia del contendere o l'autonomia delle parti giustifichi un diverso criterio di collegamento. Per le persone giuridiche il domicilio deve essere definito autonomamente, in modo da aumentare la trasparenza delle norme comuni ed evitare i conflitti di competenza.

(12) Il criterio del foro del domicilio del convenuto deve essere completato attraverso la previsione di fori alternativi, ammessi in base al collegamento stretto tra l'organo giurisdizionale e la controversia, ovvero al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia.

(...)

(15) Il funzionamento armonioso della giustizia presuppone che si riduca al minimo la possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due Stati membri, decisioni tra loro incompatibili. (...)

4 *Le norme sulla competenza sono contenute nel capo II del regolamento, in cui rientrano gli articoli da 2 a 31.*

5 *L'articolo 2 del regolamento, contenuto nella sezione 1 del suddetto capo II, rubricata «Disposizioni generali», al paragrafo 1, così recita:*

«Salve le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro».

6 **L'articolo 3 del regolamento**, appartenente alla stessa sezione, al paragrafo 1, così dispone:

«Le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro possono essere convenute davanti ai giudici di un altro Stato membro solo in base alle norme enunciate nelle sezioni da 2 a 7 del presente capo».

7 Alla sezione 2 del capo II del regolamento, rubricata «Competenze speciali», è contenuto in particolare l'articolo 5. Il punto 3 di detto **articolo 5** prevede quanto segue:

«La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: (...)

3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire».

La direttiva 2001/29/CE

8 La direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10), contiene il capo II, rubricato «Diritti ed eccezioni», nel quale figurano in particolare gli articoli 2, 3 e 4 che riguardano, rispettivamente, il diritto di comunicazione di opere al pubblico, il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti, nonché il diritto di distribuzione.

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia era presentata nel corso del giudizio principale tra il sig. Pinckney, residente a Tolosa (Francia), e la KDG Mediatech AG (in prosieguo: la «Mediatech»), società con sede in Austria.

Il Sig. Pinckney aveva citato la Mediatech dinanzi al *Tribunal de grande instance de Toulouse* (Tribunale di primo grado di Tolosa) al fine di ottenere il risarcimento del danno subito a causa della violazione dei suoi diritti d'autore. In particolare, Sig. Pinckney affermava di essere l'autore, il compositore e l'interprete di dodici canzoni registrate dal gruppo Aubrey Small su un disco in vinile e di aver scoperto che tali canzoni erano state riprodotte senza la sua autorizzazione su un compact disc (CD) prodotto in Austria dalla Mediatech, e poi commercializzato dalle società britanniche Crusoe o Elegy mediante diversi siti *Internet* accessibili dal suo luogo di residenza a Tolosa. La Mediatech, convenuta in giudizio, eccepeva l'incompetenza dei giudici francesi.

Con un'ordinanza del 14 febbraio 2008 il giudice istruttore del *Tribunal de grande instance de Toulouse* respingeva tale eccezione in quanto la mera circostanza che il sig. Pinckney abbia potuto acquistare i dischi in questione a partire dal suo luogo di residenza in Francia, su un sito *Internet* accessibile al pubblico francese, era sufficiente a stabilire un collegamento sostanziale tra i fatti e il danno asserito, tale da giustificare la competenza del giudice adito.

La Mediatech proponeva appello.

La *Cour d'Appel de Toulouse* (Corte d'appello di Tolosa), riformava la sentenza del primo giudice ed escludeva la competenza del *Tribunal de grande instance de Toulouse*, in quanto il luogo del domicilio del convenuto è l'Austria e il luogo in cui si è verificato il danno non poteva trovarsi in Francia, senza che fosse necessario esaminare le rispettive responsabilità della Mediatech e delle società Crusoe o Elegy, non essendo stata dedotta la complicità di queste ultime con la Mediatech.

Il sig. Pinckney, quindi, proponeva ricorso alla *Cour de Cassation*, deducendo la violazione dell'articolo 5, punto 3, del regolamento.

Quest'ultima, a fronte del dubbio interpretativo in ordine all'individuazione del giudice competente a decidere, sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali.

Ricostruito il procedimento principale e le questioni pregiudiziali sottoposte, la Corte di Giustizia si pronuncia sull'eccezione di irricevibilità delle questioni pregiudiziali formulata dal governo Austriaco.

In particolare, la Corte fa esplicito rinvio al proprio orientamento secondo cui:

la Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale soltanto quando risulta manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale, quando il problema è di natura ipotetica o quando la Corte non dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenze dell'11 settembre 2008, Eckelkamp e a., C-11/07, Racc. pag. I-6845, punto 28, nonché del 20 giugno 2013, Rodopi-M 91, C-259/12, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 27).

Omissis

20 Nel caso di specie, è pacifico che il giudice del rinvio è stato adito per esaminare l'asserita violazione dei diritti patrimoniali d'autore derivante dall'offerta in rete di un supporto materiale che riproduce un'opera protetta e che la questione se i giudici francesi siano competenti a conoscere di detta violazione costituisce l'oggetto stesso del procedimento principale. Alla luce dell'insieme degli elementi di cui dispone la Corte, risulta infatti che l'esito di tale controversia dipenderà dalla risposta fornita alle questioni pregiudiziali, le quali si prestano inoltre a una riformulazione.

21 Le questioni pregiudiziali sono pertanto ricevibili.

Rigettata l'eccezione preliminare, la Corte di Giustizia, al fine di verificare se l'articolo 5, punto 3, del regolamento debba essere interpretato nel senso che, in caso di asserita violazione dei diritti patrimoniali d'autore garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente a conoscere dell'azione per responsabilità presentata dall'autore di un'opera nei confronti di una società con sede in un altro Stato membro e che ha ivi riprodotto la citata opera su un supporto materiale che è stato poi venduto, da alcune società con sede in un terzo Stato membro, tramite un sito Internet accessibile anche nel distretto del giudice adito, afferma quanto segue.

Anzitutto che le disposizioni del regolamento devono essere interpretate in modo autonomo, alla luce del sistema e delle finalità di quest'ultimo (sentenza del 16 maggio 2013, Melzer, C-228/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22 e giurisprudenza ivi citata).

24 In deroga al principio fondamentale enunciato all'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento, che attribuisce la competenza ai giudici dello Stato membro sul territorio del quale il convenuto è domiciliato, il capo II, sezione 2, di tale regolamento prevede alcune attribuzioni di competenze speciali, tra cui quella dell'articolo 5, punto 3, del regolamento medesimo (sentenza Melzer, cit., punto 23).

25 Poiché la competenza dei giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire costituisce una regola di competenza speciale, essa deve essere interpretata in modo restrittivo e non consente un'interpretazione che vada oltre le ipotesi prese in considerazione esplicitamente dal regolamento (sentenza Melzer, cit., punto 24).

26 Ciò non toglie che l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire», riportata dall'articolo 5, punto 3, del regolamento, concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato sia il luogo dell'evento causale che è all'origine di tale danno, cosicché il convenuto può essere citato, a scelta del ricorrente, dinanzi ai giudici di entrambi i luoghi in parola (sentenza Melzer, cit., punto 25).

27 Al riguardo emerge da costante giurisprudenza che la regola di competenza prevista all'articolo 5, punto 3, del regolamento trova il suo fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra la contestazione e i giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire, il che giustifica un'attribuzione di competenza a questi ultimi ai fini della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale (sentenza Melzer, cit., punto 26).

28 Poiché l'individuazione di uno degli elementi di collegamento riconosciuti dalla giurisprudenza ricordata supra al punto 26 deve consentire di radicare la competenza del giudice che ricopre obiettivamente la miglior posizione per valutare se ricorrano gli elementi costitutivi della responsabilità della persona convenuta, **può essere validamente adito solo il giudice nel cui distretto sia situato l'elemento di collegamento pertinente** (v., in tal senso, sentenza del 25 ottobre 2012, Folien Fischer e Fofitec, C-133/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 52).

Ciò premesso, per verificare se il giudice adito nella specie fosse quello competente, occorre determinare concretamente le circostanze in cui, ai fini dell'articolo 5, punto 3, del regolamento, il danno derivante da un'asserita violazione dei diritti patrimoniali di un autore si concretizza o può concretizzarsi in uno Stato membro diverso da quello in cui il convenuto ha riprodotto l'opera dell'autore su un supporto materiale che è stato poi venduto tramite un sito Internet accessibile anche nel distretto del giudice adito.

A tale scopo, la Corte precisa che

il luogo in cui si concretizza il danno ai sensi di tale disposizione può variare in funzione della natura del diritto asseritamente violato.

33 In secondo luogo, il rischio che un danno si concretizzi in un determinato Stato membro è subordinato alla circostanza che il diritto del quale si lamenta la violazione sia protetto in tale Stato membro.

Omissis

35 In applicazione di tali principi, **ai fini dell'individuazione del luogo della concretizzazione del danno asseritamente causato tramite Internet, la Corte ha distinto le violazioni dei diritti della personalità da quelle di un diritto della proprietà intellettuale e industriale.**

36 La presunta vittima di una violazione dei diritti della personalità, commessa per mezzo di un contenuto messo in rete, protetti in tutti gli Stati membri, sulla base della concretizzazione del danno può esperire un'azione per responsabilità dinanzi ai giudici di ogni Stato membro sul cui territorio il suddetto contenuto sia accessibile oppure lo sia stato. Questi ultimi sono competenti a conoscere del solo danno cagionato sul territorio dello Stato membro del giudice adito (v. sentenza eDate Advertising e Martinez, cit., punto 52). Inoltre, poiché l'impatto, sui diritti della personalità di un soggetto, di una violazione commessa per mezzo di un'informazione messa in rete può essere valutato meglio dal giudice del luogo in cui tale soggetto possiede il proprio centro di interessi, la presunta vittima può scegliere di adire, per la totalità del danno cagionato, soltanto il giudice di tale luogo (sentenza eDate Advertising e Martinez, cit., punto 48).

37 Per contro, **la deduzione di una violazione di un diritto della proprietà intellettuale e industriale, la cui tutela derivante da un atto di registrazione è limitata al territorio dello Stato membro di registrazione, deve essere dedotta davanti ai giudici di quest'ultimo.** Infatti, sono i giudici dello Stato membro di registrazione che possono meglio valutare se sussista effettivamente una violazione del diritto in questione.

Sulla base di tali principi, **i diritti patrimoniali di un autore sono certamente soggetti, al pari dei diritti correlati a un marchio nazionale, al principio di territorialità.**

Tali diritti, in forza della direttiva 2001/29, devono essere protetti automaticamente in tutti gli Stati membri, sicché essi, in funzione del diritto sostanziale applicabile, possono essere violati in ciascuno di essi.

Tuttavia, se, da un lato, sussistano le condizioni per ritenere che un diritto protetto nello Stato membro del giudice adito sia stato violato, dall'altro, stabilire se tale violazione sia imputabile al convenuto attiene all'esame nel merito effettuato dal giudice competente.

Pertanto, **nella fase dell'esame della competenza di un giudice a conoscere di un danno, l'individuazione del luogo della concretizzazione dello stesso ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento non può**

dipendere da criteri che sono propri al suddetto esame nel merito e non figurano in tale disposizione. Quest'ultima prevede infatti, come unica condizione, il fatto che un danno sia avvenuto o possa avvenire.

42 Infatti, contrariamente all'articolo 15, paragrafo 1, lettera c), del regolamento, che è stato interpretato nella sentenza del 7 dicembre 2010, Pammer e Hotel Alpenhof (C-585/08 e C-144/09, Racc. pag. I-12527), l'articolo 5, punto 3, del citato regolamento non esige in particolare che l'attività in questione sia «diretta verso» lo Stato membro del giudice adito.

43 Ne consegue che, per quanto riguarda la dedotta violazione di un diritto patrimoniale d'autore, **la competenza a conoscere di un'azione in materia di illeciti civili dolosi o colposi è già stabilita, a favore del giudice adito, dato che lo Stato membro nel cui territorio si trova tale giudice tutela i diritti patrimoniali fatti valere dal ricorrente e il danno dedotto può concretizzarsi nel distretto del giudice adito.**

44 In circostanze come quelle di cui al procedimento principale, l'eventualità che tale danno si concretizzi deriva in particolare dalla possibilità di procurarsi, per mezzo di un sito Internet accessibile nel distretto del giudice adito, una riproduzione dell'opera cui ineriscono i diritti fatti valere dal ricorrente.

45 Per contro, **poiché la tutela accordata dallo Stato membro del giudice adito vale soltanto per il territorio del citato Stato membro, il giudice adito è competente esclusivamente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro in cui esso ha sede.**

46 Infatti, se detto giudice fosse altresì competente a conoscere del danno cagionato sui territori di altri Stati membri, esso si sostituirebbe ai giudici di tali Stati, mentre questi ultimi sono in linea di principio competenti a conoscere del danno cagionato sul territorio del loro rispettivo Stato membro, alla luce dell'articolo 5, punto 3, del regolamento e del principio di territorialità, e si trovano nella posizione migliore, da un lato, per valutare se siano stati effettivamente violati i diritti patrimoniali d'autore garantiti dallo Stato membro interessato e, dall'altro, per determinare la natura del danno cagionato.

Sulla scorte delle argomentazioni sopra richiamate, la Corte di Giustizia risponde al quesito affermando che: **l'articolo 5, punto 3, del regolamento deve essere interpretato nel senso che, in caso di asserita violazione dei diritti patrimoniali d'autore garantiti dallo Stato membro del giudice adito, quest'ultimo è competente a conoscere di un'azione per responsabilità presentata dall'autore di un'opera nei confronti di una società con sede in un altro Stato membro e che ha ivi riprodotto la citata opera su un supporto materiale che è stato poi venduto, da alcune società con sede in un terzo Stato membro, tramite un sito Internet accessibile anche nel distretto del giudice adito. Tale giudice è competente esclusivamente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio dello Stato membro in cui esso ha sede.**

In senso conforme:

Corte di Giustizia, sentenza del 25 ottobre 2011, eDate Advertising e Martinez, C-509/09 e C-161/10, punti 41 ss.

L'art. 5, punto 3, del regolamento deve essere interpretato nel senso che, in caso di asserita violazione dei diritti della personalità per mezzo di contenuti messi in rete su un sito Internet, la persona che si ritiene lesa ha la facoltà di esperire un'azione di risarcimento, per la totalità del danno cagionato, o dinanzi ai giudici dello Stato membro del luogo di stabilimento del soggetto che ha emesso tali contenuti, o dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui si trova il proprio centro d'interessi.

In luogo di un'azione di risarcimento per la totalità del danno cagionato, tale persona può altresì esperire un'azione dinanzi ai giudici di ogni Stato membro sul cui territorio un'informazione messa in rete sia accessibile oppure lo sia stata. Questi ultimi sono competenti a conoscere del solo danno cagionato sul territorio dello

Stato membro del giudice adito.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 19 aprile 2012, Wintersteiger, C-523/10, punto 25.

Contrariamente, alla situazione di un soggetto che si ritiene leso nella sfera dei suoi diritti della personalità, i quali sono tutelati in tutti gli Stati membri, la protezione derivante dalla registrazione di un marchio nazionale è, in linea di principio, limitata al territorio dello Stato membro di registrazione, cosicché, di norma, il corrispondente titolare non può avvalersi di detta protezione al di fuori di tale territorio.

Pertanto, l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che nel caso di una controversia relativa alla violazione di un marchio registrato in uno Stato membro a causa dell'uso, da parte di un inserzionista, di una parola chiave identica a detto marchio sul sito Internet di un motore di ricerca operante con un dominio nazionale di primo livello di un altro Stato membro possono essere investiti sia i giudici dello Stato membro in cui tale marchio è registrato, sia i giudici dello Stato membro del luogo di stabilimento dell'inserzionista.

Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza del 10 settembre 2013 n. 20700

Sussiste la giurisdizione italiana relativamente alla domanda di accertamento negativo dell'illiceità della condotta ovvero di accertamento positivo della liceità della medesima condotta e in ordine al conseguente risarcimento del danno, proposta da una società italiana in relazione alla commercializzazione e produzione di prodotti da essa realizzati e asseritamente integranti una condotta di concorrenza sleale.

Tale controversia, difatti, rientra nella sfera di applicazione dell'art. 5, n. 3, del Regolamento CE 22 dicembre 2000, n. 44/2001, come interpretato dalla Corte di Giustizia UE, con la sentenza 25 ottobre 2012, nella causa C-133/11, senza che assuma rilievo l'inversione di ruoli che caratterizza l'azione di accertamento, vertendo l'esame giudiziale, al fine di verificare la competenza giurisdizionale, sui medesimi elementi di fatto e di diritto che giustificano il collegamento con lo Stato nel quale è accaduto il fatto generatore o il danno ovvero vi è il rischio del suo prodursi.

INTERNET

Cassazione Penale, sentenza del 17 dicembre 2013 – 3 febbraio 2014, n. 5107.

Essendo l'attività di internet hosting provider un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, non si può prevedere, in capo al gestore del servizio, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito né un obbligo di informare il soggetto che ha immesso i dati dell'esistenza e della necessità di fare applicazione della normativa relativa al trattamento dei dati stessi, in quanto il gestore non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, ricerca e formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione.

Con sentenza del 24 febbraio 2010, il **Tribunale** di Milano afferma la responsabilità degli imputati D.D., F.P., D.G. per **violazione degli art. 110 cod. pen., 167, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 196 del 2003**, perché, in concorso tra loro e nelle loro rispettive qualità (D., di amministratore delegato di Google Italy s.r.l.; F., di responsabile della policy sulla privacy di Google Inc.; D., di amministratore delegato di Google Italy s.r.l.) procedevano al **trattamento dei dati personali in violazione degli artt. 23, 17 e 26 dello stesso d.lgs. n. 196 del 2003**, con riferimento a un **video immesso per la successiva diffusione a mezzo Internet sul sito www.video.google.it, raffigurante un soggetto affetto da sindrome di Down che viene preso in giro con**

frasi offensive e azioni vessatorie riferite alla sua sindrome da parte di altri soggetti minorenni.

La condotta contestata consisteva, in particolare, **nell'aver omesso un'informativa sulla privacy, visualizzabile in italiano** dalla pagina iniziale del servizio Google video, **in sede di attivazione del relativo account, al fine di porre in essere l'upload di files, in ordine a quanto prescritto dal comma 1 del richiamato art. 13 e, per esso, del valido consenso di cui all'art. 23, comma 3.**

La violazione ipotizzata investiva anche l'art. 26 richiamato, **riguardando dati idonei a rivelare lo stato di salute della persona inquadrata nel video**, e **l'art. 17** anch'esso richiamato, **per i rischi specifici insiti nel tipo di trattamento omesso, anche in relazione alle concrete misure organizzative da prestare.**

Con sentenza del 21 dicembre 2012, la **Corte d'appello** di Milano riforma la **sentenza** impugnata, evidenziando che **l'art. 167 del d.lgs. n. 196 del 2003 non richiama il precedente art. 13** e, dunque, **non impone all'Internet provider di rendere edotto l'utente circa l'esistenza e i contenuti della legislazione sulla privacy.** Secondo la Corte d'appello, infatti, l'eventuale violazione del citato art. 13, consistente nell'omessa o inidonea informativa all'interessato, viene punita non dall'art. 167, bensì dal precedente art. 161, che prevede una sanzione amministrativa.

Nella stessa sentenza si esclude, inoltre, la configurabilità di un concorso omissivo nel reato contestato nonchè la sussistenza del dolo specifico richiesto dalla disposizione incriminatrice, sul rilievo che gli imputati non erano preventivamente a conoscenza del filmato e dell'immissione del dato personale illecitamente trattato e sull'ulteriore rilievo della incompatibilità giuridica di detto dolo specifico col dolo eventuale individuato dal Tribunale in capo agli imputati.

La sentenza della Corte d'Appello viene impugnata, con ricorso per cassazione, dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Milano.

Nel ricorso si rileva, in primo luogo, **l'erronea applicazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 196 del 2003**, perché la Corte distrettuale non avrebbe fatto conseguire, al dato pacifico delle pesanti allusioni allo stato di salute del soggetto rappresentato nel video in questione, la superfluità di ogni successiva valutazione in ordine alle caratteristiche del consenso prestato dai ragazzi che avevano fornito il video.

Non si sarebbe, in particolare, considerato che, per i dati idonei a rivelare lo stato di salute, vige un divieto assoluto di loro diffusione anche in presenza del consenso dell'interessato, ai sensi dell'art. 26, comma 5, del d.lgs. n. 196 del 2003.

Non si sarebbe considerato, inoltre, che lo status di soggetto affetto da sindrome di Down del ragazzo ripreso era ben percepibile dalla visione del video e risultava dal titolo del video stesso.

Con un secondo motivo di ricorso, si lamentano **l'erronea applicazione della normativa sul commercio elettronico alla fattispecie nonché la mancanza della motivazione sul punto.** Non si sarebbe tenuto in considerazione, in particolare, che l'art. 1, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 70 del 2003 prevede espressamente che non rientrano nel campo di applicazione della normativa sul commercio elettronico le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni.

Si deduce, inoltre, l'erronea applicazione della normativa sul commercio elettronico al caso in esame, vista la previsione dell'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 70 del 2003. Non si sarebbe considerato, infatti, che il riconoscimento della natura di *host* attivo a Google video non può che comportare a livello giuridico l'esclusione della clausola di limitazione di responsabilità di cui all'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 70 del 2003, perché il comma 2 di detta disposizione, in linea con l'art. 14 della direttiva dell'Unione europea sul commercio elettronico, dovrebbe essere interpretato nel senso che la limitazione di responsabilità si applica al prestatore del servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo quanto alla conoscenza e

al controllo dei dati memorizzati.

Con un terzo motivo di doglianza, si deducono **l'inosservanza degli artt. 167, 13, 23, 4, del d.lgs. n. 196 del 2003, nonché la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione**. Si contesta, in particolare, l'affermazione della Corte d'appello secondo cui trattare un video non significherebbe trattare il singolo dato contenuto in esso. Secondo il ricorrente, invece, la distinzione tra contenitore (ripresa video) e contenuto (dato personale oggetto della ripresa video) si risolverebbe in un puro artificio retorico che non consentirebbe di escludere dalla disciplina sulla privacy il trattamento del video. Inoltre l'aver riconosciuto a Google Italia, in relazione all'erogazione del servizio Google video, la natura di host attivo avrebbe imposto il riconoscimento della sussistenza della qualifica di titolare del trattamento anche in capo agli imputati. A ciò dovrebbe aggiungersi che, secondo l'art. 13, comma 4, richiamato, se i dati personali non sono raccolti presso l'interessato - come avvenuto nel caso in esame, dal momento che il video è stato caricato non già dal soggetto affetto da sindrome di Down ivi rappresentato ma da altri soggetti - l'informativa di cui al comma 1, comprensiva delle categorie dei dati trattati, deve essere data all'interessato all'atto della registrazione dei dati o, quando è prevista la loro comunicazione, non oltre la prima comunicazione.

Il ricorrente richiama la sentenza Cass. Pen., sez. 3, 24 maggio 2012, n. 23798, con la quale era stata affermata la responsabilità penale del legale rappresentante e del responsabile della privacy di una società, per il lecito trattamento di dati personali, in relazione al caso di passaggio di mano di un database formato da centinaia di migliaia di indirizzi e-mail, per la mancanza dell'informativa volta ad acquisire il consenso dell'interessato. Si deducono, in quarto luogo, **l'erronea applicazione della legge penale e l'illogicità manifesta della motivazione quanto all'esclusione dell'elemento soggettivo**. Non si sarebbe considerato in particolare che, se è pacifico che la fattispecie incriminatrice richiede il dolo specifico, non è necessario che la finalità di profitto sia effettivamente conseguita, essendo sufficiente che essa sia perseguita. Sarebbe, in particolare, possibile per l'agente rappresentarsi, sia pure sotto forma di dolo eventuale, l'illiceità di un trattamento del dato personale e perseguire allo stesso tempo la finalità di profitto.

Gli imputati, tramite i difensori, hanno eccepito, in primo luogo, di non essere titolari, in base al decreto legislativo n. 196 del 2003 (di seguito "Codice Privacy"), del trattamento dei dati personali del soggetto rappresentato nel video caricato sulla piattaforma Google video. Rilevano, in particolare, che **il titolare del trattamento è individuato, dall'art. 4 del Codice Privacy, come il soggetto che abbia il potere di esprimere scelte in ordine allo scopo del trattamento e alle modalità dello stesso**; soggetto che **nel caso di specie deve identificarsi con la persona che abusivamente aveva caricato il video sulla piattaforma** senza preventivamente acquisire il consenso dell'interessato al trattamento dei dati e senza, comunque, rispettare le altre prescrizioni imposte dallo stesso Codice. Le difese richiamano, a tale scopo un parere pro veritate fornito dall'ex Presidente dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, oltre ai pareri del Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, organo consultivo dell'Unione europea, composto dai rappresentanti delle Autorità garanti dei singoli Stati membri.

Né potrebbe sussistere in capo agli imputati l'obbligo di fornire l'informativa agli interessati prima di acquisire il consenso di questi al trattamento dei dati; obbligo che, anche se configurabile, non determinerebbe del resto il sorgere di alcuna responsabilità penale.

Si evidenzia, in secondo luogo, che, **al momento in cui si sono svolti i fatti (settembre-novembre 2006) non esisteva una tecnologia di filtraggio preventivo idonea ad identificare automaticamente i contenuti eventualmente illeciti di un video; con la conseguenza che una vigilanza da parte degli imputati non avrebbe potuto essere ritenuta esigibile**.

Si sostiene, in terzo luogo, che **al caso in esame è sostanzialmente applicabile la normativa sul commercio elettronico di cui al d.lgs. n. 70 del 2003, con particolare riferimento alla prestazione dei servizi di hosting**. E ciò, anche se l'art. 1 di detto decreto prevede che esso non si applica alle questioni di diritto relative alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni. La difesa sottolinea, sul punto, che sia la normativa sulla protezione dei dati personali sia quella sul commercio elettronico devono essere interpretate nel senso che **lo hosting provider non acquisisce la qualifica di titolare del trattamento e, dunque, non può essere chiamato a rispondere del contenuto dei file inseriti da altri sulla piattaforma da lui gestita**. A sostegno di tale interpretazione, si richiamano l'art. 1, comma 5, lettera b), della direttiva sul commercio elettronico e la sua interpretazione ad opera della Prima relazione della Commissione del 21 novembre 2003; nonché il parere del 7 gennaio 2009 del Garante europeo della protezione dei dati personali e lo Working Document dello staff della Commissione europea dell'11 gennaio 2012.

Si contesta, infine, la prospettazione dell'accusa in relazione alla sussistenza dell'elemento soggettivo del delitto di illecito trattamento dei dati, sul rilievo che gli imputati non erano a conoscenza - né avrebbero potuto esserlo secondo la tecnologia disponibile all'epoca dei fatti - dell'esistenza di dati personali all'interno di uno fra i molteplici video caricati sulla piattaforma Google video; con la conseguenza che essi non si erano rappresentati in alcun modo il fatto di procedere ad un trattamento di dati personali.

La Cassazione ritiene il ricorso non fondato.

La complessità e la novità delle questioni trattate impone, alla Corte, una ricostruzione del quadro normativo interno di riferimento.

Il **comma 1 dell'art. 4 del Codice Privacy** reca le seguenti definizioni: «a) **“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 di dati; b) **“dato personale”**, qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; [...] d) **“dati sensibili”**, i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; [...] f) **“titolare”**, la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza; g) **“responsabile”**, la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali; [...] i) **“interessato”**, la persona fisica, cui si riferiscono i dati personali; l) **“comunicazione”**, il dare conoscenza dei dati personali a 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; m) **“diffusione”**, il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione».

L'art. 13 del Codice Privacy prevede, al comma 1, che: «**L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali sono previamente informati oralmente o per iscritto circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento**

dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi; e) i diritti di cui all'articolo 7; f) gli estremi identificativi del titolare e, se designati, del rappresentante nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 5 e del responsabile. Quando il titolare ha designato più responsabili è indicato almeno uno di essi, indicando il sito della rete di comunicazione o le modalità attraverso le quali è conoscibile in modo agevole l'elenco aggiornato dei responsabili. Quando è stato designato un responsabile per il riscontro all'interessato in caso di esercizio dei diritti di cui all'articolo 7, è indicato tale responsabile».

Prevede inoltre, al **comma 4**, che, «**Se i dati personali non sono raccolti presso l'interessato, l'informativa di cui al comma 1, comprensiva delle categorie di dati trattati, è data al medesimo interessato all'atto della registrazione dei dati o, quando è prevista la loro comunicazione, non oltre la prima comunicazione**».

La violazione delle disposizioni dell'art. 13 è punita dal successivo art. 161 del Codice Privacy con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro.

L'art. 17 dello stesso Codice prevede, poi, che **il trattamento di dati che presentano 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».**

Tali misure e accorgimenti sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal presente codice, nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare.

L'art. 23 dispone che il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato e che tale consenso è manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili.

Il successivo **art. 26**, dopo avere affermato, al comma 1, che «**i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti**», prevede, al comma 5, che «**i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi**».

La violazione di tali ultime disposizioni è sanzionata dall'art. 167, a norma del quale, «**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**».

A tale disciplina si affianca quella contenuta nel **d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70** (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico), che **all'art. 1, comma 2, alinea e lettera b)**, dispone che «**Non rientrano nel campo di applicazione del presente decreto: [...] b) le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni di cui alla legge 31**

dicembre 1996, n. 675, e al decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, e successive modificazioni.

Quanto alla **responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni (hosting)**, il successivo art. 16 del medesimo d.lgs. n. 70 del 2003 prevede che, «1. **Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.** 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

Infine, a norma del successivo art. 17 (**Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza**), «1. **Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.** 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, **il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.** 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

Dall'esame complessivo delle disposizioni riportate emerge che **nessuna di esse prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un hosting provider, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito. Né sussiste in capo al provider alcun obbligo sanzionato penalmente di informare il soggetto che ha immesso i dati dell'esistenza e della necessità di fare applicazione della normativa relativa al trattamento dei dati stessi.**

A tali conclusioni si giunge muovendo dall'analisi delle definizioni di "trattamento" e "titolare del trattamento" fornite dal richiamato art. 4 del Codice Privacy. Infatti, se non vi è dubbio che il concetto di "**trattamento**" sia assai ampio, perché **comprensivo di ogni operazione che abbia ad oggetto dati personali, indipendentemente dai mezzi e dalle tecniche utilizzati**, il concetto di "**titolare**" è, invece, assai più specifico, perché **si incentra sull'esistenza di un potere decisionale in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati**. Dalla definizione legislativa si desume, in altri termini, che **titolare del trattamento non è chiunque materialmente svolga il trattamento stesso, ma solo il soggetto che possa determinarne gli scopi, i modi, i mezzi.**

Dal complesso dei precetti fissati dagli artt. 13, 17, 23, 26 del Codice Privacy, interpretati in combinato disposto con le norme sanzionatorie degli artt. 161-167 dello stesso Codice emerge, poi, che essi sono tutti diretti al

titolare del trattamento, eventualmente nella persona del “responsabile”, ovvero del soggetto preposto al trattamento stesso dal titolare, ai sensi dell’articolo 4, comma 1, lettera g). Tali disposizioni presuppongono, infatti, **l’esistenza di un effettivo potere decisionale circa: a) le finalità e le modalità del trattamento cui sono destinati i dati e la comunicazione eventuale dei dati stessi ad altri soggetti, anche attraverso la designazione dei responsabili (art. 13); b) la gestione dei 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» (art. 17); c) la ricezione del consenso degli interessati, nel rispetto dei divieti legge (artt. 23 e 26).**

Ne deriva, più in particolare, che i **reati di cui all’art. 167 del Codice Privacy** - per i quali qui si procede - devono essere intesi come **reati propri**, trattandosi di **condotte che si concretizzano in violazioni di obblighi dei quali è destinatario in modo specifico il solo titolare del trattamento e non ogni altro soggetto che si trovi ad avere a che fare con i dati oggetto di trattamento senza essere dotato dei relativi poteri decisionali.**

Tali conclusioni trovano applicazione anche con riguardo alla figura dell’**Internet hosting provider**, perché esso è **definito dall’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003** come **colui che si limita a prestare un «servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio».** Da tale definizione, interpretata nel contesto complessivo dello stesso art. 16, emerge, infatti, che **il gestore del servizio di hosting non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all’utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione.**

A tale proposito, risulta significativo che, secondo l’espressa previsione dello stesso art. 16, **lo hosting provider non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio.** E ciò, alla **duplice condizione:** che **il provider non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l’attività o l’informazione è illecita** e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, **non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione; che, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso.**

Così disponendo, in conformità della direttiva 2000/31/CE, il legislatore ha inteso porre quali **presupposti della responsabilità del provider proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall’utente e l’eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite.** Se ne desume, ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che **il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi.**

In altri termini, **finché il dato illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il provider sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice Privacy.** In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di hosting e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi.

L’interpretazione appena delineata risulta ulteriormente **confermata dal tenore letterale del successivo art. 17** - applicabile a tutte le categorie di provider disciplinate dagli articoli precedenti, ivi compreso lo hosting

service provider - **che esclude la configurabilità di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate e di un obbligo generale di ricercare attivamente eventuali illeciti.**

La stessa disposizione individua **il punto di equilibrio fra la libertà del provider e la tutela dei soggetti eventualmente danneggiati nella fissazione di obblighi di informazione alle autorità, a carico dello stesso provider, relativamente a presunte attività o informazioni illecite dei quali sia venuto a conoscenza, anche al fine di consentire l'individuazione dei responsabili.**

Né a tale conclusione può obiettarsi - come fa il Procuratore generale con il secondo motivo di ricorso - che l'art. 1, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 70 del 2003 prevede espressamente che non rientrano nel campo di applicazione della normativa sul commercio elettronico le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni.

La richiamata disciplina sul commercio elettronico viene infatti in rilievo - come visto - non in via diretta ma solo in via interpretativa, al fine di chiarire ulteriormente e confermare la portata che la disciplina in materia di privacy ha già di per sé.

In questo quadro, **la definizione di *Internet hosting provider* contenuta nell'art. 16 del richiamato d.lgs. n. 70 del 2003 deve essere intesa come meramente ripetitiva della nozione comune di *Internet hosting provider* già desumibile dal linguaggio utilizzato dagli operatori informatici.** Si tratta, peraltro, di una nozione che si pone in linea con l'orientamento del Gruppo di lavoro istituito dall'art. 29 della direttiva 95/46/CE e composto dai rappresentanti delle autorità garanti in materia di privacy dei singoli Stati membri; organo consultivo indipendente avente il compito di esaminare le questioni attinenti all'applicazione delle norme nazionali di attuazione di detta direttiva. Nei suoi pareri (v., in particolare, il n. 5 del 2009 e il n. 1 del 2010, in ec.europa.eu/justice/policies/docs) si evidenzia, in particolare, che **i titolari del trattamento dei dati caricati in siti di *hosting* sono i singoli utenti che li hanno caricati e che l'essere titolare del trattamento deriva dal fatto concreto che un soggetto abbia scelto di trattare dati personali per propri fini;** con la conseguenza che **la persona che può essere chiamata a rispondere delle violazioni delle norme sulla protezione dei dati è sempre il titolare del trattamento e non il mero hosting provider.**

Analoghe considerazioni vengono svolte, a proposito del **fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet**, ai punti 84 e seguenti delle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 25 giugno 2013 di fronte alla Corte di Giustizia nella causa C-131/12 (Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Espanola de Protección de Datos e Mario Costeja González), laddove si precisa, in particolare, che tale fornitore **è riconducibile alla categoria dei titolari del trattamento di dati solo laddove incida direttamente sulla struttura degli indici di ricerca, ad esempio favorendo o rendendo più difficile il reperimento di un determinato sito.**

A tali considerazioni deve aggiungersi, infine, che la clausola di cui all'art. 1, comma 5, lettera b), della direttiva sul commercio elettronico, ripresa da quella contenuta nell'articolo 1, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 70 del 2003 non ha di per sé la funzione di rendere inoperanti comunque in ogni fattispecie che riguardi la materia della protezione dei dati personali le norme in materia di commercio elettronico. Più semplicemente, detta clausola ha la funzione di chiarire che la tutela dei dati personali è disciplinata da un corpus normativo diverso da quello sul commercio elettronico; corpus normativo che rimane applicabile in ambito telematico anche in seguito all'emanazione della normativa sul commercio elettronico. Da ciò discende l'ovvia conseguenza che **l'applicazione delle norme in materia di commercio elettronico deve avvenire in armonia con le norme in materia di tutela dei dati personali;** armonia perfettamente riscontrabile - come appena visto - nel caso della determinazione dell'ambito di responsabilità penale dell'Internet hosting provider relativamente ai dati sensibili caricati dagli utenti sulla sua piattaforma.

Tale interpretazione trova piena conferma, inoltre, nella Prima relazione della Commissione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE, del 21 novembre 2003, in cui si legge, al paragrafo 4.6, che le limitazioni della responsabilità giuridica stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico hanno carattere generale e coprono tanto la responsabilità civile quanto quella penale, per tutti i tipi di attività illegali intraprese da terzi. Un'ulteriore conferma è data, poi, dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea 23 marzo 2010, nei procedimenti da C-236/08 a C-238/08 (punto 120), nella quale si afferma che l'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (corrispondente all'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003) deve essere interpretato nel senso che si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo a conferire la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un tale ruolo, il provider non può essere ritenuto responsabile per i dati che ha memorizzato, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati, abbia omesso di prontamente rimuoverli o di disabilitare l'accesso agli stessi.

I principi appena enunciati trovano applicazione anche nel caso in esame, nel quale, in estrema sintesi: a) il video raffigurante un soggetto affetto da sindrome di Down ingiuriato e preso in giro dai suoi compagni proprio in relazione alla sua particolare sindrome era stato caricato su Google video, servizio di Internet hosting, all'insaputa di tale soggetto; b) nei giorni 5 e 6 novembre 2006 alcuni utenti avevano segnalato la presenza del video sul sito e ne avevano chiesto la rimozione; c) la rimozione era stata chiesta dalla Polizia postale il 7 novembre 2006; d) in quello stesso giorno il video era stato rimosso dal provider.

La posizione di Google Italia S.r.l. e dei suoi responsabili, imputati nel presente procedimento, è infatti quella di mero *Internet host provider*, soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare i loro video; video del cui contenuto restano gli esclusivi responsabili. Ne consegue che gli imputati non sono titolari di alcun trattamento e che gli unici titolari del trattamento dei dati sensibili eventualmente contenuti nei video caricati sul sito sono gli stessi utenti che li hanno caricati, ai quali soli possono essere applicate le sanzioni, amministrative e penali, previste per il titolare del trattamento dal Codice Privacy. Tale essendo l'ambito nel quale va inquadrata la fattispecie concreta, deve rilevarsi che il primo motivo di ricorso è infondato.

Il ricorrente lamenta, in particolare, che la Corte d'appello non avrebbe considerato che, per i dati idonei a rivelare lo stato di salute, vige un divieto assoluto di loro diffusione anche in presenza del consenso dell'interessato, ai sensi dell'art. 26, comma 5, del d.lgs. n. 196 del 2003. Non si sarebbe considerato, inoltre, che lo status di soggetto affetto da sindrome di Down del ragazzo ripreso era ben percepibile dalla visione del video e risultava dal titolo del video stesso.

Quanto al primo di tali rilievi - ulteriormente sviluppato nell'ambito del terzo motivo di ricorso - deve premettersi che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, pur nel diverso ambito del bilanciamento fra diritto di cronaca e protezione dei dati personali (sez. 3, 4 maggio 2011, n. 17215), **la pubblicazione di un'immagine che rappresenti le condizioni di salute di un soggetto** - si trattava in quel caso della foto di una persona ricoverata in fin di vita con il volto devastato da un colpo di arma da fuoco - **configura un trattamento di dati personali**. E ciò, perché - come già osservato - **il concetto di "trattamento" è assai ampio e prescinde dall'inserimento dei dati in una vera e propria banca-dati, potendosi concretizzare in qualunque operazione di utilizzazione e diffusione di tali dati, anche per mezzo della rappresentazione fotografica o della ripresa video**.

Ne consegue - con riferimento al caso di specie - che **la realizzazione e il caricamento sul sito del video da parte degli utenti del servizio Google video configura un "trattamento" ai sensi dell'art. 4, comma 1, let-**

tera a), del Codice Privacy, effettuato in violazione del divieto di diffusione dei dati idonei a rilevare lo stato di salute fissato dal successivo art. 26, comma 5.

Circa i **responsabili della violazione**, deve però ribadirsi che - contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente - questi **sono da identificarsi con gli utenti che hanno caricato il video** sulla piattaforma Google video e non con i soggetti responsabili per la gestione di tale piattaforma, trattandosi, come già ampiamente visto, di un mero servizio di hosting.

Ed è proprio la natura del servizio reso ad escludere anche la fondatezza del secondo dei rilievi svolti dal Procuratore generale, non essendo configurabile alcun obbligo generale di controllo in capo ai rappresentanti di Google Italy s.r.l., gestore del servizio stesso.

Per tali motivi la Corte ha rigettato il ricorso.

PRIVACY

Tribunale Milano, sentenza del 7 novembre 2013

È proprio con riferimento alle persone che hanno acquisito grande notorietà nel mondo dello spettacolo o dello sport che massima è la curiosità (sovente morbosa) del pubblico anche in relazione a vicende che attengono esclusivamente alla loro vita privata e che non hanno alcun nesso con la loro attività professionale, né con fatti o accadimenti di rilevanza pubblica; ciò comporta che i “media” devono essere particolarmente attenti proprio a non diffondere immagini di tali soggetti non riprese in luoghi pubblici o in occasione di eventi pubblici, sia perché l’interesse della collettività risulta già di per sé invasivo della loro sfera privata (al punto da ridurla sensibilmente), sia perché la pubblicazione della loro immagine senza consenso è particolarmente lesiva anche della potenzialità di sfruttamento economico della stessa.

Su alcuni periodici, cartacei ed *online*, vengono pubblicati una serie di articoli corredati da alcune foto di un noto attore, scattate abusivamente mentre questi si trovava all’interno del parco della villa di sua proprietà, insieme alla compagna e ad altri ospiti.

L’attore, ritenendo illecita la pubblicazione di alcune immagini private agisce in giudizio convenendo, da una parte, il direttore responsabile e la società editrice del settimanale e, dall’altra, i direttori responsabili e le società editrici di un altro settimanale e di una testata giornalistica *online*, questi ultimi per aver ripreso e diffuso online alcune foto già pubblicate in un altro settimanale del Gruppo.

In entrambe le cause l’attore lamenta la **lesione del diritto all’immagine, l’illecito trattamento dei dati personali e la violazione della sfera privata** e chiede la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni e alla pubblicazione della sentenza.

A seguito della pubblicazione delle foto, l’attore aveva diffidato il direttore del settimanale a non pubblicare immagini non autorizzate che ritraevano l’attore in luoghi privati e a consegnare le immagini non autorizzate in suo possesso e a comunicare i dati identificativi dei soggetti che gli avevano fornito il materiale fotografico ottenuto illecitamente.

L’attore aveva anche inoltrato una segnalazione al Garante per la Protezione dei Dati Personali chiedendo di dichiarare illeciti l’acquisizione e il trattamento dei dati personali dell’attore medesimo e di disporre il blocco dell’illecito trattamento dei dati personali in questione. Il Garante aveva dichiarato illecito il trattamento delle immagini che ritraevano l’attore ed i suoi ospiti all’interno della sua proprietà ed aveva vietato ai convenuti e ad altri soggetti ogni trattamento delle immagini in questione nonché l’ulteriore diffusione delle stesse e di altre

immagini analoghe di cui avessero avuto disponibilità, acquisite nelle stesse circostanze e con le medesime modalità.

Secondo quanto prospettato dall'attore, nell'atto di citazione, la pubblicazione senza consenso delle fotografie apparse sui periodici e sulla testata *online* era lesiva del suo diritto alla riservatezza, della sua immagine ed era avvenuta in violazione della disciplina del cd. Codice della Privacy.

L'attore deduce, inoltre, che l'acquisizione e la pubblicazione di immagini illecitamente carpite all'interno della sua dimora privata integrava gli estremi dei reati previsti dagli artt. 614 e/o 615 bis e 648 del codice penale, con conseguente obbligo dei convenuti di risarcire i danni conseguenti.

I convenuti si costituiscono in giudizio, contestando che la pubblicazione delle fotografie in questione integri gli illeciti dedotti dall'attore ed affermando che la violazione del diritto all'immagine e l'illecito trattamento dei dati personali sarebbero esclusi dal legittimo esercizio del diritto di cronaca di cui ricorrerebbero nel caso di specie tutti i presupposti.

Nell'affrontare il merito delle domande avanzate dall'attore, il Tribunale rileva che è pacifico che la pubblicazione delle fotografie che ritraggono l'attore, da solo o in compagnia di suoi ospiti, mentre si trovava all'interno del parco di sua proprietà, è avvenuta senza il consenso dell'interessato e contro la sua volontà, come pure che tali foto sono state "carpite" dai fotografi, terzi estranei al processo, che le hanno poi cedute anche alla società editrice del periodico.

Parimenti incontroverso è che, da diversi anni, l'attore è uno degli uomini più noti al mondo, non solo fra gli appassionati di cinema.

Passando all'esame delle pretese avanzate contro i responsabili della testata *online*, il Tribunale non ritiene vi siano elementi per ritenere fondate le domande rivolte dall'attore.

I predetti convenuti, invero, hanno contestato che fra le fotografie riprese dal sito *online*, e in precedenza pubblicate sul settimanale, vi fossero anche immagini raffiguranti l'attore "carpite" illecitamente all'interno del parco di sua proprietà.

A fronte dell'espressa contestazione sul punto contenuta nella comparsa di risposta, era onere dell'attore provare che effettivamente tutte le foto pubblicate sul periodico erano state diffuse anche sul sito *online*, ed in particolare anche le immagini private riprese all'interno del parco della sua villa ed in luoghi non visibili dall'esterno senza l'uso di strumenti invasivi e/o con modalità illecite.

Tale prova non è stata, invece, in alcun modo fornita dalla difesa attrice e, dunque, le domande avanzate dall'attore nei confronti dei convenuti non possono che essere respinte.

A diverse conclusioni deve invece giungersi, secondo il Tribunale, in relazione alle identiche domande avanzate dall'attore contro gli altri due convenuti.

Sulla base delle risultanze probatorie acquisite, gli illeciti lamentati dall'attore risultano infatti pienamente integrati da parte dei convenuti responsabili della pubblicazione di alcune immagini private sul settimanale.

In particolare, gli illeciti commessi sono, secondo il parere del Tribunale, molteplici e, in particolare:

Abuso dell'immagine dell'attore.

L'attore si duole principalmente della lesione del diritto all'utilizzo economico della propria immagine, piuttosto che del *vulnus* a quest'ultima quale espressione della propria identità personale più specificamente intesa, come proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità.

Secondo il tribunale, la domanda risarcitoria che l'attore fonda sull'abuso della sua immagine merita di essere accolta.

L'art. 10 del cod. civ. vieta l'abuso dell'immagine altrui prevedendo che, **qualora l'immagine di una persona venga pubblicata al di fuori dei casi in cui la pubblicazione è consentita dalla legge, l'interessato ha diritto di ottenere la tutela inibitoria e il risarcimento dei danni ex art. 2043 cod. civ.**

Inoltre, **l'art. 96 della legge sul diritto d'autore (L. n. 633 del 1941) vieta, al di fuori dei casi previsti nel successivo art. 97, che il ritratto di una persona possa essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il suo consenso.**

L'art. 97 l.a. consente la pubblicazione senza il consenso dell'immagine di una persona quando è "giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto (...), quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico".

Ciò premesso, il Tribunale ritiene che è pacifico che le foto sono state pubblicate sul settimanale senza il consenso dell'attore e che, contrariamente a quanto sostenuto dai convenuti, non ricorrevano affatto nel caso di specie i presupposti previsti dall'art. 97 l.a. per poter pubblicare alcune immagini senza il consenso dell'interessato.

Invero, **l'indubbia notorietà dell'attore non giustifica di per sé la pubblicazione e la diffusione della sua immagine non ritratta in occasioni pubbliche o in luoghi pubblici e non finalizzata a fornire alla collettività un'informazione su fatti di una qualche utilità sociale.**

Infatti, pur essendo l'attore una persona che gode di grandissima notorietà (non solo nel mondo dello spettacolo) egli conserva intatto sia il diritto a che gli altri non abusino della sua immagine, sia il diritto a sfruttare economicamente la sua immagine, sia il diritto a vedere tutelata da illecite aggressioni la sua sfera privata.

Solo in presenza di determinati presupposti, che legittimano in via di eccezione la pubblicazione senza consenso dell'immagine di una persona e che, in quanto tali, **vanno interpretati restrittivamente** e ricorrendo l'esigenza di operare **un necessario bilanciamento tra beni di rilievo costituzionale** (riconducibili agli artt. 2 e 21 della Cost.) **l'ordinamento consente il prevalere dell'interesse pubblico all'informazione sul diritto individuale della persona nota a non vedere riprodotta e diffusa la propria immagine senza il suo consenso.**

Ne deriva che, nei casi in cui risultino in tutto o in parte carenti i presupposti che giustificano l'eccezione alla regola del consenso necessario, **deve ritenersi vietata qualsiasi diffusione senza consenso dell'immagine anche di persone note, le quali altrimenti, proprio a causa della notorietà che le contraddistingue, si vedrebbero di fatto private del loro diritto all'immagine (lato sensu inteso).**

D'altra parte, è **proprio con riferimento alle persone che hanno acquisito grande notorietà nel mondo dello spettacolo o dello sport che massima è la curiosità (sovente morbosa) del pubblico** anche in relazione a vicende che attengono esclusivamente alla loro vita privata e che non hanno alcun nesso con la loro attività professionale, né con fatti o accadimenti di rilevanza pubblica; ciò comporta che i **"media" devono essere particolarmente attenti proprio a non diffondere immagini di tali soggetti non riprese in luoghi pubblici o in occasione di eventi pubblici**, sia perché l'interesse della collettività risulta già di per sé invasivo della loro sfera privata (al punto da ridurla sensibilmente), sia perché **la pubblicazione della loro immagine senza consenso è particolarmente lesiva anche della potenzialità di sfruttamento economico della stessa.**

Proprio in relazione a personaggi noti come l'attore in oggetto, verso cui si registra un grandissimo interesse per tutto ciò che lo riguarda anche se non ha alcuna attinenza con le sue attività professionali, **la stampa deve usare particolare attenzione nel rispettare la sua immagine e la sua sfera privata**, astenendosi dal pubblicare senza il suo consenso immagini private ritratte in luoghi non esposti al pubblico e al di fuori di eventi in qualche modo pubblici.

Nel caso di specie, la pubblicazione di alcune fotografie contenute su periodici e che ritraggono l'attore in compagnia di un'altra persona nel parco di sua proprietà, pur non risultando lesiva dell'onore e della reputazione, non può ritenersi giustificata ex art. 97 l.a. dalla sola notorietà dell'attore e della compagna ritratta insieme a lui, in quanto non collegata a fatti o avvenimenti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Si tratta esclusivamente di immagini private carpite illecitamente all'interno del parco della villa dell'attore, delimitato da un alto muro di cinta e da siepi.

Non è ravvisabile, nel caso concreto, un interesse pubblico all'informazione che possa far ritenere lecita la pubblicazione delle foto di cui si discute senza il consenso dell'interessato. Invero, **l'interesse pubblico all'informazione rilevante ai fini in esame non va confuso con la curiosità dei lettori di rotocalchi di vedere "documentata"** – anche attraverso un'illecita aggressione alla sfera privata dell'attore per catturare dall'interno della sua villa immagini che solo l'interessato poteva autorizzare fossero pubblicate – **la relazione sentimentale dell'attore.**

Non si ignora che è molto diffuso l'interesse della generalità dei consociati verso tutto ciò che riguarda la vita e le abitudini di "star" del cinema e che ciò costituisce il mercato di riferimento di varie pubblicazioni fra cui quella di cui sono responsabili i convenuti, ma **l'interesse pubblico che legittima il sacrificio del diritto all'immagine, costituzionalmente garantito (al pari di altri diritti della personalità riconducibili all'art. 2) anche alla persona nota, è solo quello di pari rango riconducibile all'art. 21 Cost. e che si ravvisa soltanto in presenza di una qualche utilità sociale per la collettività a conoscere e ad essere informata su un determinato fatto o su un certo comportamento tenuto e che può avere rilievo con l'attività svolta dalla persona nota o con l'immagine di sé che l'interessato ha inteso fornire alla collettività.**

Le immagini di cui si discute ritraggono, come detto, momenti di vita privata dell'attore carpite illecitamente attraverso apparecchiature professionali (teleobiettivi) in grado di fotografare da lontano all'interno del parco della sua villa.

I luoghi in cui sono state scattate le fotografie costituiscono pertinenze della abitazione e sono separate e protette dall'esterno da un alto muro di cinta, da siepi e da alberi che hanno anche l'inequivoca funzione di isolare i luoghi privati all'interno dei quali l'attore ed i suoi ospiti del tutto legittimamente potevano presumere di trascorrere un periodo di vacanza senza essere osservati da estranei.

Contrariamente all'assunto dei convenuti, non ha alcun rilievo che dal lago, o da alcuni punti sopraelevati rispetto alla villa di proprietà dell'attore o attraverso dei buchi nelle siepi fosse possibile guardare all'interno e scattare fotografie, posto che l'illiceità del comportamento del direttore e dell'editore del periodico consiste nell'aver pubblicato, senza il consenso dell'interessato e senza che ricorressero i presupposti del legittimo esercizio del diritto di cronaca, alcune immagini private dell'attore riprese all'interno del parco della sua abitazione, in un contesto in cui era palese l'intento della persona nota di non essere fotografata da estranei e del tutto legittima la sua aspettativa di non essere ritratto in momenti prettamente privati.

Che poi, come strenuamente sostenuto dalla difesa convenuta, i fotografi e/o le agenzie fotografiche (estranei al presente giudizio) che hanno ceduto le immagini di cui si discute alla stampa abbiano garantito che esse erano state realizzate senza violare i diritti dell'attore è circostanza ininfluenza ai fini della presente decisione. I responsabili della pubblicazione sulla stampa delle fotografie non possono utilmente invocare nel presente giudizio i rapporti contrattuali in base ai quali hanno acquistato le immagini illecitamente pubblicate senza consenso, salvo ogni diritto di agire separatamente in giudizio nei confronti dei soggetti che hanno realizzato e ceduto loro le foto in questione.

2) Illecito trattamento dei dati personali dell'attore.

Come già affermato dal Garante nel provvedimento del 22/12/2009, emesso all'esito del procedimento scaturito dalla "segnalazione" ex art. 141 lett. b) del D.Lvo n. 196 del 2003 (Codice privacy) inoltrata dall'attore relativamente alla pubblicazione anche delle foto oggetto del presente giudizio, **non vi è dubbio che risulta concretato nel caso di specie anche un illecito trattamento dei dati personali dell'attore.**

Le puntuali argomentazioni esplicitate dall'Autorità a sostegno delle misure adottate vengono pienamente condivise, fatte proprie da questo giudice e devono intendersi qui richiamate e trascritte.

Come ben evidenziato dal Garante, **alcune delle fotografie pubblicate sui periodici sono state acquisite con modalità illecite, perché contrastanti con le garanzie di trasparenza e di correttezza che devono caratterizzare la raccolta di dati personali anche nell'esercizio dell'attività giornalistica, conformemente al disposto dell'art. 11 del Codice e degli artt. 2 e 3 del Codice Deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica** (G.U. n. 179 del 3/8/1998).

In particolare, risultano illecitamente acquisite le immagini, nelle quali l'attore è ritratto con una donna, mentre si trovano all'interno del parco di sua proprietà, in luoghi di pertinenza della villa non "normalmente" osservabili dall'esterno, se non superando fisicamente o con strumenti tecnologici di ripresa gli ostacoli visivi costituiti dal muro di cinta, da siepi e da alberi i quali, come detto, hanno l'evidente finalità anche di delimitare tali luoghi come privata dimora e di impedire o almeno di limitare la visibilità dall'esterno, in modo da far sorgere in chi vi si trova la ragionevole aspettativa di non essere osservato da estranei.

Nel caso di specie, dunque, il trattamento dei dati personali dell'attore (in specie la diffusione delle immagini fotografiche suddette) è avvenuto da parte dei convenuti responsabili del periodico al di fuori dei presupposti previsti dal Codice Privacy e dal Codice Deontologico dei Giornalisti per il trattamento dei dati senza consenso.

Come noto **gli artt. 136 e 137 del Codice consentono ai giornalisti il trattamento di dati personali senza il consenso dell'interessato, purché il trattamento avvenga per finalità di informazione e nel rispetto dei limiti previsti per l'esercizio del diritto di cronaca** "(...) e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico" (art. 137 co. 3). **L'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 137** precisa che **"possono essere trattati i dati personali relativi a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico"**. **L'art. 6 del Codice deontologico dei giornalisti** esplicita nel primo comma il limite dell'essenzialità dell'informazione, laddove prevede che **"la divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti"** (comma 1), mentre al **comma 2** si premura di precisare che **"la sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica"**.

Ebbene, pare innegabile che **le suddette fotografie pubblicate dal periodico non erano finalizzate (tanto meno erano indispensabili) ad informare l'opinione pubblica su un fatto di una qualche utilità sociale, non avevano nessuna attinenza con l'attività professionale della persona nota e non erano relative a comportamenti tenuti in pubblico dall'attore.**

In siffatta situazione, **la pubblicazione delle immagini in questione senza il consenso espresso dell'interessato integra un illecito trattamento dei suoi dati personali, in violazione degli artt. 2, 11 e 23 del Codice Privacy** e obbliga i convenuti, nella rispettiva qualità di titolare del trattamento e di responsabile/incaricato del trattamento, a risarcire ex art. 15 i danni subiti dall'attore per la lesione del suo diritto alla riservatezza e alla protezione dei suoi dati.

3) **Interferenza illecita nella vita privata dell'attore**

La condotta del direttore responsabile del periodico, consistita nel pubblicare le immagini attinenti alla vita privata dell'attore, illecitamente acquisite da terzi mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva all'interno della privata dimora dell'attore, è astrattamente idonea, secondo il Tribunale, **a configurare l'elemento oggettivo del reato di interferenza illecita nella vita privata previsto dall'art. 615 bis co. 2 c.p.**

Inoltre, essendo palese dalla stessa tipologia delle immagini che esse riguardavano la vita privata dell'attore ed erano state almeno in parte indebitamente riprese all'interno di un luogo di privata dimora contro la tacita volontà dell'interessato, è parimenti ravvisabile in capo al responsabile della pubblicazione **la coscienza e la volontà di compiere attraverso la pubblicazione un'illecita interferenza nella vita privata dell'attore**. In ogni caso, dal tipo di immagini riprese e dalle circostanze di tempo e di luogo in cui le fotografie erano state realizzate, appare innegabile che **il responsabile del periodico prima della loro pubblicazione si è ben rappresentato ed ha accettato il rischio che essa ledesse il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice suddetta**. Né ovviamente l'elemento soggettivo necessario per ritenere astrattamente integrato il delitto dell'art. 615 bis co. 2 c.p. può essere escluso sulla base della dichiarazione successiva alla pubblicazione rilasciata alla testata giornalistica dal fotografo che ha realizzato e venduto le foto.

Poiché come detto **la pubblicazione delle fotografie non può ritenersi avvenuta in presenza della scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca**, ne deriva che sia il **responsabile della pubblicazione (direttore) che la società editrice del periodo (responsabile civile) sono tenuti a norma degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c. a risarcire il danno non patrimoniale (sub specie di danno morale) subito dall'attore per l'illecita interferenza nella sua vita privata**.

Il Tribunale, infine si sofferma sui danni risarcibili, affermando che sussiste innanzitutto un **danno patrimoniale**. L'unico danno patrimoniale dedotto dall'attore come conseguenza immediata e diretta delle condotte illecite descritte e di cui sono corresponsabili i convenuti è quello relativo all'abusivo sfruttamento della sua immagine, consistito nella pubblicazione sui periodici delle foto suddette al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

Sul punto giova richiamare l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui **"l'illecita pubblicazione dell'immagine altrui obbliga al risarcimento anche dei danni patrimoniali, che consistono nel pregiudizio economico di cui la persona danneggiata abbia risentito per effetto della predetta pubblicazione e di cui abbia fornito la prova**; in ogni caso, qualora - come accade soprattutto se il soggetto leso non è persona nota - non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere (conformemente ad un principio recepito dall'art. 158 della legge 22 aprile 1941, n. 633, novellato dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (...)) **il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione, determinandosi tale importo in via equitativa, avuto riguardo al vantaggio economico presumibilmente conseguito dall'autore dell'illecita pubblicazione in relazione alla diffusione del mezzo sul quale la pubblicazione è avvenuta, alle finalità perseguite e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione"** (Cass. 11/5/2010 n. 11353; conf. Cass. 16/5/2008 n. 12433 e Cass. 6/5/2010 n. 10957).

Nel caso di specie, l'attore non è stato in grado di fornire un'adeguata prova dell'entità del danno patrimoniale subito a causa dell'abusivo sfruttamento della sua immagine da parte dei convenuti.

Al riguardo, la difesa attrice ha prodotto una dichiarazione scritta della società che cura da molti anni gli interessi e lo sfruttamento dell'immagine dell'attore e dalla quale risulta che, se l'odierno attore volesse cedere alcune sue immagini private, esse varrebbero milioni di dollari. L'agente, tuttavia, non è stato in grado di indicare quello che sarebbe stato il "prezzo del consenso" che l'attore avrebbe richiesto all'editore del periodico per la

pubblicazione delle foto di cui si discute.

Nonostante la difficoltà per la difesa di provare esattamente nel caso di specie l'entità del danno patrimoniale subito dall'attore, è tuttavia evidente, in considerazione della enorme popolarità di quest'ultimo, della corrispondente potenzialità di sfruttamento economico della sua immagine - anche ove non affiancata a prodotti di largo consumo - e dell'indubbio "vantaggio" commerciale conseguito dal settimanale, che gli vada riconosciuto un danno patrimoniale (lucro cessante) da liquidarsi in via equitativa ex art. 2056 c.c.

Nella liquidazione equitativa del danno patrimoniale deve tenersi conto di vari elementi che caratterizzano il caso concreto.

Le immagini illecitamente pubblicate ritraggono una delle persone del mondo dello spettacolo più note in assoluto ed uno dei volti con maggior impatto promozionale sul pubblico; le foto in questione vengono "lanciate" sulla pagina di copertina di entrambi i numeri del settimanale e pubblicate su pagine interne del periodico; il servizio fotografico veniva presentato come il "pezzo forte" con cui il settimanale si presentava in edicola nel mese di Agosto, quindi nel periodo in cui notoriamente massima è la curiosità della gente in vacanza per questo tipo di pubblicazioni; il settimanale con le immagini private dell'attore è stato diffuso sia su tutto il territorio nazionale che all'estero ed aveva nel periodo di riferimento una tiratura media di circa 200.000 copie; i convenuti riconoscono che la relazione dell'attore costituiva la "love story" di quell'estate ed erano pertanto ben consapevoli che un servizio fotografico formato con immagini private della coppia avrebbe fatto aumentare sensibilmente le vendite del periodico e l'interesse del pubblico; l'acquisto del consenso allo sfruttamento di immagini private riprese all'interno della villa dove l'attore trascorreva un periodo di vacanza con la sua nuova compagna italiana sarebbe stato dunque presumibilmente alquanto oneroso; nonostante l'atto di diffida e messa in mora inviato dall'attore, i convenuti non si sono certo astenuti dal far uscire il periodico con le immagini private, ritenendo evidentemente di privilegiare l'interesse imprenditoriale a cogliere la ghiotta occasione di uscire in edicola nel mese di Agosto con due numeri consecutivi contenenti immagini private dell'attore.

Sulla base dei suddetti elementi il Tribunale ha ritenuto equo liquidare ex art. 2056 cod.civ. in euro 80.000,00, al valore attuale della moneta, il danno corrispondente alla somma che presumibilmente l'attore avrebbe potuto chiedere qualora avesse inteso autorizzare lo sfruttamento economico della sua immagine mediante la pubblicazione delle foto private per cui è causa.

Il Tribunale ha ritenuto configurabile anche un **danno non patrimoniale**, derivante dalla **lesione dei diritti della personalità** dell'attore, quali sono quello all'**immagine**, alla **riservatezza** e alla **sfera privata**.

Come noto, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno precisato che "il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi "previsti dalla legge", e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: (a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; (...); (b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (...); (c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati "ex ante" dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice (Cass. 11/11/2008 n. 26972).

Facendo applicazione nel caso di specie dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nell'esercizio della funzione nomofilattica che l'ordinamento le attribuisce, va riconosciuto all'attore anche un **danno non patrimoniale subito in conseguenza del grave abuso della sua immagine** (art. 10 c.c.), **dell'illecito trattamento dei suoi dati personali** (art. 15 D.Lvo n. 196 del 2003) e **della particolarmente invasiva interferenza nella sua vita privata** (artt. 615 bis e 185 c.p.) posti in essere dai convenuti con la illecita pubblicazione delle

sue foto private sul settimanale.

Il danno non patrimoniale viene ravvisato nel **turbamento e nella sofferenza psicologica che l'attore è stato costretto a subire nel vedere che alcune immagini private raffiguranti momenti di relax ed anche intimi, colti di nascosto contro la sua volontà all'interno della sua villa, dove trascorreva un periodo di vacanza con la sua compagna, sono state pubblicate in spregio sia alla disciplina che regola la pubblicazione senza consenso delle immagini di persone note, sia di ogni rispetto per la riservatezza e la vita privata di tali persone.**

Pur non ignorando il contrasto che si registra nella recente giurisprudenza anche di legittimità in ordine al principio della cd. unitarietà del danno non patrimoniale affermato dalle Sezioni Unite nella pronuncia del 2008 e nonostante le condotte illecite sopra analizzate abbiano contestualmente leso distinti diritti della personalità dell'attore, il Tribunale ritiene di aderire all'arresto giurisprudenziale citato (Cass. 26972/2008) e, al fine di prevenire un'indebita duplicazione di voci di danni non economici risarcibili, si procede ad una liquidazione unitaria, pur tenendo conto delle varie situazioni soggettive lese e della peculiare compromissione di ciascuna di esse avvenuta nel caso concreto.

Anche per la liquidazione del danno non patrimoniale subito dall'attore nel caso di specie, deve farsi necessariamente ricorso al criterio equitativo previsto dall'art. 2056 c.c. e si tiene conto dei seguenti elementi che rilevano nel caso concreto: **il numero di immagini illecitamente pubblicate; le finalità prettamente economiche perseguite attraverso la loro pubblicazione; la diffusione del periodico; il mese estivo in cui è avvenuta la pubblicazione; il fatto che le immagini private sono apparse su due numeri successivi del settimanale; la particolare invasività delle immagini nella sfera privata dell'attore; la palese violazione della riservatezza e della vita privata dell'attore attraverso immagini che non hanno nessuna attinenza con le attività che lo hanno reso celebre.** Inoltre, nella determinazione equitativa del danno non patrimoniale nel caso concreto non può trascurarsi che mediante le illecite pubblicazioni di immagini del tipo di quelle in esame **viene sempre più stimolata la curiosità (spesso come detto morbosa) del pubblico verso tutto ciò che riguarda un personaggio notissimo come l'attore** e che ciò finisce per comportare una corrispondente ulteriore limitazione della sua sfera riservata e del suo privato in genere.

Sulla base di tutti tali elementi, si è stimato equo liquidare in euro 40.000,00 al valore attuale della moneta il complessivo danno non patrimoniale subito dall'attore in conseguenza degli illeciti descritti.

I convenuti sono corresponsabili degli illeciti de quo e pertanto vanno condannati in solido ex art. 2055 c.c. a risarcire il danno liquidato.

Oltre al risarcimento dei danni, l'attore invocava altresì la condanna dei suddetti convenuti alla pubblicazione della decisione sul settimanale.

L'art. 120 c.p.c. ("Pubblicità della sentenza") prevede che può essere ordinata a cura e spese del soccombente la pubblicazione della sentenza quando la pubblicità della decisione può contribuire a riparare il danno.

Considerate le modalità con cui sono stati realizzati gli illeciti, la tipologia dei diritti lesi, la particolare notorietà del danneggiato e la obiettiva difficoltà di determinare il danno patrimoniale subito dall'attore per la pubblicazione illecita sul settimanale di sue immagini private, il Tribunale ha ritenuto che, nel caso di specie, la pubblicazione della presente decisione sul medesimo periodico attraverso il quale sono stati commessi gli illeciti contribuisca a riparare il danno subito dall'attore ed ha, quindi, condannato i convenuti alla pubblicazione di un estratto del dispositivo della sentenza sul periodico con caratteri di stampa doppi rispetto a quelli comunemente usati per gli articoli.

Cassazione Penale, sezione III, sentenza del 12 dicembre 2013 n. 2887

L'ordinamento riconosce un vero e proprio "diritto all'anonimato" per chi sia vittima, anche solo secondo una prospettazione accusatoria, dei reati di violenza sessuale.

La divulgazione dei dati o dell'immagine di persona offesa da tali reati è vietata ai sensi dell'art. 734 bis cod. pen., in ogni caso in cui, si possa risalire alla persona offesa, non solo attraverso il volto, ma in qualunque altro modo (da un profilo, da un'immagine dal di dietro, da un vestito indossato).

Il legislatore, in tal modo, ha voluto evitare che all'irreparabile pregiudizio di essere stato parte offesa dei gravi reati indicati nell'art. 734 bis cod. pen., potesse aggiungersi il rischio che quei fatti, senza il consenso della persona interessata, divenissero di pubblico dominio, con il conseguenziale discredito che colpisce anche le persone che lo subiscono.

La vicenda processuale ha ad oggetto la trasmissione televisiva delle generalità e delle immagini dei minori, senza il consenso dei rispettivi genitori esercenti la potestà genitoriale, riprese nel corso di un incidente probatorio nell'ambito di un caso giudiziario che ebbe a riguardare una scuola materna.

In particolare, durante il Telegiornale televisivo delle ore 20:00, erano trasmesse le immagini che ritraevano i colloqui tenutisi tra taluni dei minori presunti abusati e una psicologa dell'Istituto di neuropsichiatria infantile.

Il direttore del telegiornale e responsabile del sito internet e l'autore del servizio della medesima testata erano chiamati a rispondere della messa in onda delle suddette immagini.

In particolare, erano contestati agli imputati il reato di divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale di cui all'art. 734 bis cod. pen. ed il reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale ex art. 684 cod. pen..

Mentre quest'ultimo reato era estinto per oblazione, il Tribunale di Monza condannava gli imputati, in concorso tra di loro e con altre persone, ai sensi degli artt. 110, 81 e 734 bis cod. pen., per l'illecita divulgazione dell'immagine di minori offesi.

La Corte d'Appello di Milano, in parziale riforma della sentenza emessa dal giudice di *prime cure*, il 16.11.2010, revocava le statuizioni civili in favore di alcune persone offese, condannava gli imputati alla rifusione delle spese della proseguita difesa delle altre parti civili, e confermava la sentenza di condanna all'ammenda di Euro 3.420 (pena così convertita), oltre al risarcimento del danno.

Avverso la predetta sentenza, gli imputati proponevano separati ricorsi per Cassazione.

In particolare, il direttore del telegiornale contestava:

a. la violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) in ordine alla ritenuta sussistenza dell'elemento materiale del reato di cui all'art. 734 bis cod. pen. nonchè violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e) in ordine alla mancanza e alla contraddittorietà della motivazione con cui si è affermata la sussistenza dell'elemento oggettivo di fattispecie, anche in relazione a quanto disposto dall'art. 533 c.p.p., comma 1.

Più specificamente, nella prospettazione difensiva veniva dato risalto alla circostanza che, sia nell'istruttoria dibattimentale che nella sentenza di primo grado, era stato riconosciuto che i bambini non erano mai stati ripresi in volto ed in primo piano e che gli stessi erano ritratti prevalentemente di fianco e di spalle.

In questa prospettiva, dunque, secondo il ricorrente punto nodale diveniva quello di verificare se *le videosequenze trasmesse dal telegiornale potessero essere qualificate come immagini ai sensi e per gli effetti dell'illecito contestato agli imputati, integrando dunque la fattispecie obiettiva del reato di cui all'art. 734 bis cod. pen..*

Secondo il ricorrente, invero, nella specie mancava il carattere della riconoscibilità del minore che dovrebbe essere insito nel concetto di immagine, rilevante ai fini della contravvenzione ex art. 734 bis cod. pen..

In altri termini, *un'interpretazione rispettosa della ratio della norma impone un approccio restrittivo nell'ese-gesi degli elementi di fattispecie, per il quale la corretta lettura del concetto di immagine non può prescindere dalla concreta identificabilità del soggetto ritratto all'interno di una cerchia sociale di apprezzabili dimensioni: di tal che, l'immagine di cui è vietata la divulgazione, ai sensi dell'art. 734 bis cod. pen., sarebbe solo quella caratterizzata da una intrinseca ed oggettiva riconoscibilità.*

In tal senso non ci si potrebbe mai accontentare, pur in un'accezione debole del concetto di riconoscibilità (accentuandone il profilo potenziale, riferendo il riconoscimento ad un ambito sociale più o meno ristretto) di una semplice autoriconoscibilità, come neppure di una riconoscibilità circoscritta a quei soli soggetti che sono stati, in prima persona, testimoni dei fatti cui le immagini si riferiscono. In questi casi, infatti, se una possibilità di riconoscimento sussiste, essa non deriverebbe dall'immagine divulgata, ma dal ricordo e/o dall'auto-percezione che il soggetto possiede di sé o delle persone che con lui hanno preso parte ad un dato accadimento.

Sotto altro profilo, il direttore del telegiornale nel proprio ricorso contesta:

b. la violazione ex art. 606 c.p.p., lett. b) in relazione all'art. 42 cod. pen., comma 2, e art. 43 cod. pen., comma 1, primo alinea, e art. 192 cod. proc. pen. per avere ritenuto sussistente il dolo (eventuale) e in relazione all'art. 51 cod. pen. e art. 21 Cost. per avere negato rilevanza - ai fini della valutazione del profilo soggettivo di fattispecie - all'esercizio del diritto di cronaca;

c. violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) in relazione agli artt. 40 e 110 c.p. e art. 192 c.p.p., comma 1, e art. 533 c.p.p., comma 1, per aver ritenuto sussistente e provato al di là di ogni ragionevole dubbio il contributo causale delle condotte (commissive) ascritte agli imputati).

d. violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) in relazione agli artt. 62bis e 133 c.p. e art. 175 c.p., comma 2 nonché dell'art. 606 c.p.p., lett. e) per aver negato la concessione delle attenuanti generiche e del beneficio della non menzione della condanna, con motivazione illogica contraddetta dal testo della sentenza.

Censure simili vengono formulate nel ricorso proposto dall'autore del servizio:

a. erronea interpretazione dell'art. 734 bis cod. pen. ed, in particolare, del concetto di divulgazione dell'immagine della persona offesa rilevante ai fini della configurabilità della contravvenzione.

Il concetto di riconoscibilità - secondo la ricorrente - non deve essere inteso in senso assoluto, ma con riferimento al comune fruitore dell'immagine.

La cautela dell'agente (in caso di servizio giornalistico, il giornalista o il montatore) deve essere quindi valutata rispetto ad una diffusione e visione "normale" del filmato, non già rispetto ad una indagine approfondita ma artificiosa o ad un esame con fermo immagine, magari effettuato da chi già conosce la persona offesa e la situazione riprodotta;

b. erronea interpretazione degli artt. 51 e 734 bis cod. pen. e ritenuta insussistenza del diritto di cronaca.

Sotto tale profilo, la ricorrente sostiene *che quello previsto dall'art. 21 Cost. è un diritto di rango costituzionale per il quale è erroneo affermare, come ritenuto dalla Corte d'Appello, che non possa mai trovare applicazione alla contravvenzione di cui all'art. 734 bis cod. pen.. Non esistono, infatti, ad avviso della ricorrente, limiti legislativi o logici in senso contrario, laddove la scriminante, invece, è pacificamente applicabile al più grave delitto di diffamazione.*

Omissis

In altri termini, così come a determinate condizioni possono essere diffusi scritti o servizi giornalisti e filmati

diffamatori, allo stesso modo dovrebbero poter essere diffuse, sempre a determinate condizioni, le immagini in violazione del divieto di divulgazione prescritto da tale norma. Ragionando per analogia rispetto ai limiti individuati in tema di diffamazione, anche in questo caso l'esercizio del diritto di cronaca non potrebbe che postulare la verità del fatto rappresentato e l'interesse pubblico alla notizia.

Questione più complessa appare, invece, quella della forma espressiva, o meglio delle modalità tecniche, posto che si tratta di immagini (e quindi di fotografie e di filmati). Sempre ragionando in parallelo con la diffamazione, si potrebbe pertanto affermare, ad avviso della ricorrente, che la scriminante in questione possa trovare applicazione in ambito giornalistico quando siano adoperati gli accorgimenti tecnici, come quelli posti in essere nel caso che ci occupa, volti ad evitare, attraverso operazioni di taglio da parte del montatore, che vadano in onda immagini nelle quali i soggetti sono raffigurati in volto, lasciando soltanto le immagini nelle quali gli stessi vengono ripresi di spalle o di fianco.

c. contraddittorietà della motivazione (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e). Revoca delle statuizioni civili e contraddittoria mancata assoluzione per i fatti corrispondenti.

La sentenza impugnata si paleserebbe contraddittoria, ad avviso della ricorrente, in quanto, mentre dal punto di vista delle statuizioni civili ha revocato la condanna rispetto alle due persone offese R. e D. sul presupposto che non vi era certezza che le immagini di queste due minori fossero state divulgate, a tale sostanziale riduzione del capo d'imputazione non ha poi fatto riscontro la pronuncia assolutoria relativamente alla contestata divulgazione quanto meno rispetto a tali due minori.

d. Mancanza di motivazione (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) in ordine alla censura svolta con l'atto di appello relativamente alla riferibilità all'imputata B. della condotta contestata.

Entrambi i ricorrenti chiedevano l'annullamento della sentenza impugnata con i provvedimenti di conseguenza. La Corte di Cassazione adita, in primo luogo, dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto per la mancanza di specificità dei motivi adottati dalle ricorrenti che, per lo più, si erano limitate a riprodurre le stesse questioni già devolute in appello e da quei giudici puntualmente esaminate e disattese.

Quanto all'erronea applicazione dell'art. 734 bis legge penale, la Corte di Cassazione, dapprima, richiama quanto affermato dalla Corte di Appello, secondo cui:

con l'art. 734 bis cod. pen. il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una norma destinata alla protezione della riservatezza delle persone offese da atti di violenza sessuale e che tale protezione non contempla alcuna eccezione, se non il consenso della medesima persona offesa.

Pertanto, la condotta, pacificamente, almeno sul piano della astratta applicazione della norma, può essere indifferentemente consumata a titolo di dolo o di colpa, rientrando nel novero delle contravvenzioni.

Il legislatore - si legge ancora nel provvedimento impugnato - "ha voluto apprestare una particolare tutela ai soggetti già vittime (pur se presunte) di abusi, impedendo che costoro potessero rimanere vittime di un ulteriore abuso, consistente nella diffusione delle loro generalità o della loro immagine (se riconoscibile, certo, che, altrimenti, non ne sarebbe seguito alcun danno, alcuna offensività della condotta)".

Va qui ricordato che, successivamente, a rafforzare tale tutela, è intervenuto anche il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, comma 5 sulla privacy che ha previsto che "Fermo restando quanto previsto dall'art. 734-bis c.p. relativamente alle persone offese da atti di violenza sessuale, chiunque diffonde sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado è tenuto ad omettere in ogni caso, anche in mancanza dell'annotazione di cui al comma 2, le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone".

Ciò premesso la Suprema Corte si sofferma sull'ambito di tutela offerto dall'art. 734 bis cod. pen..

L'art. 734 bis cod. pen., aggiunto dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66, art. 12 (e modificato prima dalla L. 3 agosto 1998, n. 269, art. 8 e poi dalla L. 6 febbraio 2006, n. 38, art. 9) punisce "chiunque, nei casi di delitti previsti dagli artt. 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies, divulgghi, anche attraverso mezzi di comunicazione di massa, le generalità o l'immagine della persona offesa senza il suo consenso.

In assenza di consenso della persona offesa, dunque, l'illiceità della condotta s'incentra sull'attività di "divulgazione", consistente nel portare a conoscenza di un numero indeterminato di persone notizie riservate (nel caso che ci occupa le generalità o l'immagine di "qualsiasi" persona offesa di quegli specifici reati), con ogni modalità, prevedendosi espressamente che ciò possa avvenire "anche attraverso mezzi di comunicazione di massa", tra cui rientrano, evidentemente, non soltanto i mass media tradizionali (stampa, televisione, radio), ma anche quelli diffusivi con le nuove tecnologie (siti web, blog, social network, mailing list). Si tratta di un reato contravvenzionale, quindi procedibile d'ufficio, e pertanto nessuna conseguenza in ordine alle statuizioni penali può avere l'intervenuta remissione di querela e la successiva revoca della costituzione di parte civile da parte dei genitori in proprio e nell'interesse dei minori.

Continua la Suprema Corte, con tale contravvenzione il legislatore ha voluto prescindere dall'effettiva realizzazione di un danno e ha voluto evitare che al già grave danno di essere stati parte offesa dei gravi reati indicati nella norma potesse aggiungersi il rischio di portare, senza il consenso dell'interessato, quei fatti a conoscenza della collettività.

In tal modo, il legislatore del 1996 ha optato per l'introduzione di un reato di pericolo.

La condotta di divulgazione dei dati o dell'immagine è vietata - e la sanzione a titolo di contravvenzione sottrae la stessa alla possibilità di estinzione del reato attraverso la remissione di querela - perchè potrebbe essere fonte di pericolo per la parte offesa di essere riconosciuta in quanto tale rispetto a reati che finiscono, nel comune sentire collettivo, per essere in qualche modo infamanti anche per chi li subisce. Pertanto, la sussistenza nel caso concreto di tale ulteriore danno non deve essere accertata. Ciò che il giudice deve accertare è, invece, soltanto il verificarsi di quel comportamento (la divulgazione delle generalità o delle immagini) che il legislatore ha ritenuto normalmente pericoloso per il bene-interesse tutelato dalla norma.

Omissis

La tutela offerta dall'art. 734 bis cod. pen., infatti, "copre" tutti i casi in cui, non solo attraverso il volto, ma in qualunque altro modo (da un profilo, da un'immagine dal di dietro, da un vestito indossato) si possa risalire alla persona offesa dei reati indicati dalla norma.

Omissis

Pertanto è logico affermare, come si legge nella motivazione del provvedimento impugnato, che un filmato, come quello oggetto del presente giudizio, che mostra riprese fatte con telecamere installate in un locale di pochi metri quadrati, in cui gli individui che si muovono in uno spazio ristretto sono ripresi non solo di schiena, ma seppure per pochi attimi (peraltro perfettamente fissabili anche dalle più comuni apparecchiature), anche di profilo (com'era avvenuto per almeno tre delle piccole vittime, come ha potuto appurare anche la Corte d'appello rivedendo in camera di consiglio più volte il filmato è dandone atto in motivazione), ha consentito di giungere alla identificazione dei piccoli che su tale scena si muovono.

La Suprema Corte, dopo aver richiamato il proprio consolidato orientamento secondo cui:

l'illogicità della motivazione per essere apprezzabile come vizio denunciabile, deve essere evidente, cioè di

spessore tale da risultare percepibile icu oculi, dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purchè siano spiegate in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento (Sez. 3, n. 35397 del 20.6.2007; Sez. Unite n. 24 del 24.11.1999, Spina, RV. 214794).

Il controllo di legittimità sulla motivazione non attiene nè alla ricostruzione dei fatti nè all'apprezzamento del giudice di merito, ma è circoscritto alla verifica che il testo dell'atto impugnato risponda a due requisiti che lo rendono insindacabile: a) l'esposizione delle ragioni giuridicamente significative che lo hanno determinato; b) l'assenza di difetto o contraddittorietà della motivazione o di illogicità evidenti, ossia la congruenza delle argomentazioni rispetto al fine giustificativo del provvedimento, (sez. 2, n. 21644 del 13.2.2013, Badagliacca e altri, rv. 255542).

Omissis

In altri termini, vi sarà stato "travisamento della prova" qualora il giudice di merito abbia fondato il suo convincimento su una prova che non esiste (ad esempio, un documento o un testimone che in realtà non esiste) o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale (alla disposta perizia è risultato che lo stupefacente non fosse tale ovvero che la firma apocrifa fosse dell'imputato)

esclude che la motivazione della sentenza impugnata sia illogica o contraddittoria.

Invero, osserva la Cassazione

I giudici del gravame danno conto di avere essi stesso provveduto alla visione del filmato più volte e di avere riconosciuto "almeno tre" delle piccole vittime. E aggiungono che nessuna rilevanza ha sul piano penale il fatto che i quattro genitori affermino di avere riconosciuto a suo tempo (non essendo stato, come rileva la Corte, nuovamente mostrato agli stessi filmato in dibattimento) i propri quattro figli, laddove i protagonisti del filmato sembrano essere tre.

I giudici del gravame non si contraddicono, ma coerentemente con l'affermazione di avere essi stessi riconosciuto "almeno tre" delle vittime, rilevano che non vi è alcuna certezza che i piccoli le cui immagini siano state diffuse fossero solo tre, ma come ciò sia solo frutto di un'impressione tratta da chi in epoca successiva ha visto il filmato.

La Corte territoriale ricorda, però, come il reato si configuri anche nel caso in cui sia riconoscibile anche una sola delle piccole vittime, tanto più quando la condotta sia stata, ai fini sanzionatori, unitariamente considerata. E aggiungono che l'istruttoria dibattimentale svolta in primo grado ha comunque consentito di raggiungere la certezza circa l'esatta identificazione di due piccoli. E perciò concludono, coerentemente, che non avrebbe avuto senso riaprire l'istruttoria, non ritenendo nè necessario nè opportuno, ai fini penali, il riconoscimento di tutte le vittime.

Per tali motivi, appare coerente la revoca delle statuizioni civili a favore dei minori per i quali non vi sia certezza della divulgazione delle immagini.

Quanto all'elemento psicologico del reato di cui all'art. 734 bis cod. pen., la Suprema Corte osserva che la *ratio legis* è quella di tutelare i soggetti coinvolti da ogni divulgazione, a prescindere dalla volontarietà della divulgazione stessa.

Invero, con le riforme succedutesi a partire dalla fine degli anni Novanta, e specificamente con il Codice della Privacy, il D.Lgs. n. 196 del 2003 (cfr. art. 52, comma 5), è stato riconosciuto un vero e proprio "diritto all'anonimato" per chi sia vittima di determinati reati, anche solo secondo una prospettiva accusatoria.

Tale diritto deve essere garantito - salvo l'espresso consenso della medesima persona offesa, peraltro difficilmente verificabile - **impedendo la "divulgazione", con ogni mezzo, delle generalità o dell'immagine della persona offesa** - sebbene maggiorenne - **da atti di violenza sessuale.**

Nella specie, la Corte di Cassazione ritiene coerentemente e logicamente motivata la sentenza impugnata, in ordine alla sussistenza in capo ai due imputati del dolo eventuale, *consistito nell'aver accettato il rischio, pur di bruciare sul tempo la concorrenza nella divulgazione del filmato, che le piccole vittime potessero essere riconosciute o riconoscibili.*

In proposito legittimamente la corte di secondo grado ha richiamato per relationem la sentenza del giudice di prime cure, dichiarando di dividerla.

Omissis

In una simile evenienza, infatti, le motivazioni della pronuncia di primo grado e di quella di appello, fondendosi, si integrano a vicenda, confluendo in un risultato organico ed inscindibile al quale occorre in ogni caso fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione, tanto più ove i giudici dell'appello abbiano esaminato le censure con criteri omogenei a quelli usati dal giudice di primo grado e con frequenti riferimenti alle determinazioni ivi prese ed ai passaggi logico-giuridici della decisione, di guisa che le motivazioni delle sentenze dei due gradi di merito costituiscano una sola entità (confronta l'univoca giurisprudenza di legittimità di questa Corte: per tutte Sez. 2 n. 34891 del 16.05.2013, Vecchia, rv. 256096; conf. sez. 3, n. 13926 del 1.12.2011, dep. 12.4.2012, Valerio, rv. 252615; sez. 2, n. 1309 del 22.11.1993, dep. 4.2.1994, Albergamo ed altri, rv. 197250).

Omissis

Peraltro, nel caso in esame la Corte di Appello di Milano non si è limitata a richiamare la sentenza di primo grado, ma ha evidenziato come gli odierni ricorrenti - in ciò confutando un motivo di appello che pure viene oggi riproposto a questa Corte di legittimità - abbiano materialmente concorso tra loro nella messa in onda del servizio. È stato ricordato nel provvedimento impugnato, ad esempio, come M. non solo fosse il direttore responsabile delle testate (video ed internet) che hanno diffuso l'immagine, ma che era anche stato il diretto protagonista della confezione del servizio, insieme alla coimputata B.. La corte territoriale, infatti, ricorda sul punto come il vicedirettore V. avesse testimoniato che egli si era dovuto occupare di tutte le altre notizie, mentre i due odierni ricorrenti predisponavano il pezzo su (OMISSIS) poi andato in onda.

In tal modo delineato il quadro normativo, la Corte esclude che possa esserci qualche spazio **per la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca.**

Qui non si tratta, come avviene per la diffamazione, di trovare un punto di equilibrio, attraverso gli aspetti della verità, dell'interesse pubblico e della continenza espressiva, per bilanciare il generale diritto alla tutela della propria reputazione e quello della collettività ad essere informata.

Nel caso dell'art. 734 bis - come in quello dell'art. 114 cod. proc. pen. o del più volte citato D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52 - **siamo, infatti, di fronte ad un vero e proprio divieto, rivolto proprio, in primis, a quegli operatori dell'informazione, che rivendicano il diritto di dare delle notizie di pubblico interesse.**

Il bilanciamento tra gli interessi in gioco, con la scelta di vietarle, in tale ambito limitato, l'ha già fatta, in altri termini, il legislatore.

Nel caso di specie, l'interesse giornalistico *non era quello di riferire un fatto, laddove che ci fosse un procedimento penale in corso per dei supposti atti di violenza sessuale avvenuti nella scuola di (OMISSIS) era circostanza ormai nota, ma proprio quello di mostrare le immagini di un atto giudiziario e, al suo interno, quelle del perito e delle piccole vittime. Non preoccupandosi gli imputati come si legge nella sentenza impugnata - di com-*

mettere, pur di pubblicare la notizia esclusiva, anche l'ulteriore reato di cui all'art. 684 cod. pen., diffondendo atti di un procedimento penale non pubblicabile, reato che è stato estinto per oblazione.

Per tutti tali motivi, la Corte di Cassazione dichiara l'inammissibilità dei ricorsi e condanna i ricorrenti alla refusione delle spese di giudizio.

In senso conforme:

Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 10 luglio 2008.

È preclusa al giornalista la facoltà di diffondere dati idonei a identificare, anche indirettamente, soggetti minori comunque coinvolti in fatti di cronaca.

PROFESSIONE.

Cassazione civile SS.UU., sentenza del 16 dicembre 2013 n. 27996

Il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti illeciti non conformi ma solo quella di doveri fondamentali. Ne consegue che anche il tentativo di compiere un atto professionalmente scorretto, in quanto lesivo della categoria professionale, costituisce di per sé scorrettezza e come tale è disciplinarmente rilevante.

Con la sentenza in esame è stata confermata la sanzione inflitta ad un avvocato, che aveva utilizzato un servizio di *mailing* per proporre le proprie tariffe offrendo ai i giovani avvocati non abilitati la possibilità di sottoscrivere il ricorso per Cassazione.

La vicenda trae origine dalla trasmissione a circa 20.000 avvocati, a mezzo posta elettronica, di una comunicazione, da parte di un avvocato abilitato al patrocinio in Cassazione.

Nella mail, l'avvocato proponeva la stipula di una convenzione annuale, attraverso la quale i giovani avvocati non abilitati al patrocinio davanti alla Suprema Corte avrebbero potuto ottenere la sottoscrizione di motivi di ricorso "da loro stessi predisposti".

L'avvocato veniva segnalato da numerosi colleghi ed ordini professionali forensi e veniva sottoposto, dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di appartenenza, a procedimento disciplinare, per essere venuto meno ai doveri di probità e correttezza.

L'avvocato si difendeva affermando che l'annuncio era frutto di un equivoco, in cui era incorsa la società incaricata della relativa diramazione. Il Consiglio dell'Ordine, **ravvisata la sussistenza della grave trasgressione disciplinare consistita nell'aver proposto la sottoscrizione di ricorsi di legittimità predisposti da soggetti non muniti del relativo *ius postulandi*** e, tenuto conto delle attenuanti "scuse" presentate dall'avvocato e della circostanza che la proposta non aveva avuto alcun seguito, gli irrogava la sanzione della censura. L'avvocato impugnava il provvedimento, affermando che gli fosse stata addebitata una mera, non attuata, intenzione, ma il Consiglio Nazionale Forense rigettava il ricorso, ritenendo che fosse **l'offerta in sé a comportare la consapevole violazione dei doveri deontologici in questione.**

In punto di fatto, il Consiglio Nazionale Forense concordava con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati sulla inequivoca chiarezza testuale della **proposta, la cui attuazione si sarebbe tradotta nell'aggiramento, mediante il solo conferimento di procura all'avvocato incolpato, dei limiti relativi all'esercizio della professione di legali non abilitati al patrocinio di legittimità.**

Avverso tale sentenza l'avvocato proponeva ricorso per cassazione deducendo, quale motivo principale, che la violazione dei doveri di lealtà e correttezza e del divieto di agevolazione dello svolgimento di attività professio-

nale da parte di soggetti non abilitati ricorrerebbe esclusivamente nei casi in cui la condotta si concreti nel compimento di atti processuali. Nel caso di specie, **alla proposta non era seguita alcuna sottoscrizione di motivi di ricorso, per cui, conseguente all'eventuale rilascio di procura speciale, per cui l'avvocato sarebbe stato illegittimamente sanzionato per un fatto non rilevante sotto il profilo disciplinare, in quanto costituente al più un mero tentativo di un illecito**, che la norma sanzionerebbe solo in ipotesi di "consumazione del fatto".

La Suprema Corte rigettava il ricorso, affermando che, secondo costante giurisprudenza delle Sezioni Unite, **il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense**, nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti illeciti non conformi, ma solo quella dei **doveri fondamentali**, tra cui segnatamente quelli di **probità, dignità e decoro** (art. 5 del Codice Deontologico Forense), **lealtà e correttezza** (art. 6 del Codice Deontologico Forense), ai quali l'avvocato deve improntare la propria attività, sia professionale, sia non professionale, la cui violazione, da accertarsi secondo le concrete modalità del caso, da' luogo a procedimento disciplinare.

Anche il tentativo di compiere un atto professionalmente scorretto, invero, in quanto lesivo dell'immagine dell'avvocato, **costituisce di per sé una scorrettezza, come tale disciplinarmente rilevante**.

Nel caso di specie, dunque, correttamente il Consiglio Nazionale Forense, sulla scorta di un incensurabile apprezzamento dei fatti accertati e di adeguata valutazione degli stessi, alla stregua dei citati doveri di probità e correttezza professionale, ha confermato l'illiceità della condotta posta in essere dall'avvocato, che, sebbene non pervenuta alla "consumazione", secondo l'accezione prettamente penalistica, è stata ritenuta chiaramente finalizzata a realizzare un comportamento espressamente vietato dall'art. 21 del codice deontologico, che sanziona il **"comportamento dell'avvocato che agevoli, o, in qualsiasi altro modo diretto o indiretto, renda possibile a soggetti non abilitati o sospesi l'esercizio della professione"**.

Cassazione Penale, sentenza del 9 dicembre 2011, n. 48587

Il sequestro probatorio di materiale posseduto da un giornalista professionista è consentito, anche per le cose che costituiscono corpo del reato, solo ove siano in concreto ravvisabili specifiche esigenze di accertamento dei fatti oggetto delle indagini, ma l'attività investigativa deve essere condotta in modo da preservare il diritto del giornalista a cautelare le proprie fonti.

Ad un giornalista vengono sequestrati il cellulare ed il computer.

A seguito della richiesta di restituzione, il Pubblico Ministero autorizza la restituzione, previa cancellazione dei dati in memoria.

Il Giudice per le Indagini preliminari rigetta, invece, la richiesta di restituzione dei supporti telefonici e informatici, affermando che il libero esercizio della professione di giornalista, come qualsiasi diritto costituzionalmente protetto, deve cedere il passo, in alcune circostanze, all'immanente necessità di tutela della collettività, compito che in primo luogo il diritto penale interno s'incarica di assolvere. Rileva, altresì, il Giudice che il sequestro in questione non aveva natura meramente "esplorativa", ma era stato operato sulla base di una specifica imputazione che qualificava i beni sottoposti a sequestro probatorio come corpo di reato. Rigetta, quindi, la richiesta posto che in tema di sequestro probatorio non è richiesta la dimostrazione, in relazione alle cose che costituiscono corpo di reato, della necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, dal momento che l'esigenza probatoria del *corpus delicti* è in *re ipsa*.

Il giornalista propone ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del GIP.

L'ordinanza impugnata, deduce il ricorrente, oltre a porsi in contrasto con gli enunciati della Corte europea dei

diritti dell'uomo in tema di tutela delle fonti giornalistiche e di cautele che devono presiedere al sequestro di materiale posseduto dal giornalista, risulterebbe in contrasto con i principi affermati da questa stessa Corte, laddove non rispetta i limiti funzionali che il sequestro deve presentare rispetto alle esigenze probatorie, visto l'esaurimento delle indagini, ed in particolare degli accertamenti tecnici, e la mancata configurazione di specifiche finalizzazioni probatorie del vincolo reale mantenuto sulle "memorie" dei supporti informatici e telefonici in sequestro.

La Suprema Corte ritiene che il ricorso sia fondato.

La **Corte europea dei diritti dell'uomo**, chiamata a scrutinare la portata del principio sancito dall'art. 10, primo comma, della Convenzione, ha in più occasioni avuto modo di sottolineare come **la libertà democratica e le garanzie da accordare alla stampa rivestono una importanza particolare**.

A tal fine, **il diritto del giornalista di proteggere le proprie fonti fa parte della libertà di "ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche"**: garanzia, questa, assicurata **dall'art. 10 della Convenzione** e che costituisce un presidio essenziale, al fine di consentire alla stampa di giocare il proprio ruolo di "cane da guardia".

Da qui l'assunto secondo il quale **il provvedimento di una autorità giudiziaria che dispone il sequestro di materiale posseduto da un giornalista, che può condurre alla individuazione delle fonti alle quali il reporter aveva garantito l'anonimato, può costituire una violazione della libertà di espressione garantita dalla Convenzione, anche perché pregiudica la futura attività del giornalista e del giornale la cui reputazione sarebbe lesa anche agli occhi delle future fonti**.

Un provvedimento di tal genere, si è affermato, non sarebbe compatibile con la Convenzione neanche nei casi in cui l'acquisizione di documenti possa condurre alla individuazione degli autori di altri reati.

Nel caso sottoposto al suo esame, la Corte ha rilevato che **qualsiasi ingerenza nel diritto alla tutela delle fonti giornalistiche e delle informazioni atte a condurre alla identificazione, per non vulnerare la Convenzione, in quanto "prevista dalla legge", deve essere accompagnata da garanzie proporzionate all'importanza del principio in questione, ed in primo luogo, dalla garanzia del controllo da parte di un organo terzo ed imparziale, investito del potere di determinare se il requisito dell'interesse pubblico, prevalente sul principio della protezione delle fonti giornalistiche, possa ritenersi sussistente prima della consegna del materiale pertinente, impedendo, in caso contrario, ogni accesso non necessario ad informazioni idonee a rivelare l'identità delle fonti** (C.E.D.U., Grande Camera, sentenza del 14 settembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. contro Paesi Bassi* e la numerosa giurisprudenza ivi citata).

Alla stregua di tali principi si comprende anche l'assunto, posto in luce dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale **il sequestro probatorio nei confronti di un giornalista professionista deve rispettare con particolare rigore il criterio di proporzionalità tra il contenuto del provvedimento ablativo di cui egli è destinatario e le esigenze di accertamento dei fatti oggetto delle indagini, evitando quanto più è possibile indiscriminati interventi invasivi nella sua sfera professionale** (Cass. Pen., 31 maggio 2007, n. 40380; Cass. Pen., 16 febbraio 2007, n. 25755).

È, dunque, **compito del giudice procedere ad un cauto ed al tempo stesso rigoroso bilanciamento fra le contrapposte esigenze**, rappresentate, da un lato, dal **doveroso accertamento dei fatti e delle responsabilità in presenza di accadimenti che integrino una ipotesi di reato**; e dall'altro, dalla necessità, in ipotesi antagonista, di **preservare il diritto del giornalista a cautelare le proprie fonti, in vista dell'espletamento della funzione informativa**, riguardata come uno dei pilastri fondamentali delle libertà democratiche, secondo quello che – nella consolidata giurisprudenza della CEDU – è stata ormai da tempo riassunta, come s'è fatto

cenno, nel noto slogan di “cane da guardia” delle libertà stesse: tale essendo, appunto, il compito della critica e della informazione giornalistica.

D'altra parte, i **limiti legali che devono preservare la legittimità degli atti di “interferenza”** che l'autorità giudiziaria è abilitata ad esercitare rispetto a quei diritti, risultano adeguatamente espressi dallo stesso tenore dell'art. **200, comma 3, cod. proc. pen.**, in base al quale **il giudice può ordinare al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni solo in presenza delle due condizioni previste dalla legge**, le quali – per quel che si è detto – introducendo previsioni derogatorie rispetto ad un limite posto a salvaguardia di libertà fondamentali, **devono essere intese in senso rigoroso**.

Anzitutto occorre, infatti, che **la rivelazione della fonte sia indispensabile per la prova del reato** per il quale si procede, prendendo a riferimento fatti specifici in ordine ai quali si sviluppa l'attività di indagine, e non semplicemente riconducibili all'astratto *nomen iuris*; inoltre, è necessario che **le notizie non possano essere altrimenti accertate**.

Non basta, dunque, un semplice nesso di “pertinenzialità” tra le notizie ed il generico tema dell'indagine, così come per poter legittimare l'attività di “ingerenza” rispetto alle fonti, **occorre che tale ingerenza rappresenti la extrema ratio cui ricorrere per poter conseguire la prova necessaria per perseguire il reato**.

E ciò proietta i suoi riverberi non soltanto nella fase per così dire genetica della attività di “ingerenza”, vale a dire al momento in cui deve essere applicato un vincolo di natura reale su cose del giornalista dalle quali possa risalirsi alla fonte cautelata; ma anche sotto il profilo “funzionale” della cautela stessa: nel senso che, **in tanto il sequestro può essere mantenuto, in quanto lo stesso risulti indispensabile ai fini delle esigenze probatorie**; con gli ovvii corollari di specificità, che devono correlare il nesso tra la *res* cautelata ed il soddisfacimento di quelle stesse esigenze.

Ebbene, secondo il parere della Corte, nella vicenda in esame non emergono in alcun modo esigenze investigative che impongano il mantenimento del sequestro probatorio, posto che risultano essere stati da tempo disposti i relativi accertamenti tecnici e considerato che di eventuali ulteriori “necessità” probatorie che abbiano una qualche specificità, non soltanto non v'è traccia negli atti trasmessi, ma di esse – soprattutto – non è stato offerto alcun cenno nel provvedimento oggetto di ricorso.

Nella decisione oggetto di impugnazione, infatti, il Giudice si è limitato a precisare che l'esigenza probatoria risulterebbe, nella specie, in *re ipsa*, in quanto oggetto del sequestro sarebbero cose riconducibili al concetto di corpo di reato: dunque, secondo tale prospettiva, non restituibili durante il procedimento, perché “perennemente” funzionali a soddisfare il fine probatorio.

Si tratta, però, di un assunto palesemente erroneo, in quanto la giurisprudenza di questa Corte è da tempo consolidata nell'affermare l'opposto principio, secondo il quale **anche per cose che costituiscono il corpo del reato è necessario che a base del sequestro e del relativo mantenimento, siano in concreto ravvisabili esigenze di carattere probatorio e che di esse venga dato conto attraverso una idonea motivazione**, che non si limiti a formule di stile (v., per tutte, Cass., Sez. un., 29 gennaio 2004).

La Corte annulla senza rinvio, dunque, il provvedimento impugnato e dispone la restituzione di quanto in sequestro all'avente diritto.