



PRIVANTI

5107/14

7

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

Saverio F. Mannino

- Presidente -

Sent. n. 3672

Maria Pia G. Savino

up 17 Dicembre 2013

Luca Ramacci

R.G. n. 27510/2013

Gastone Andreazza

Alessandro M. Andronio

- Relatore -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto

dal

Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Milano
nei confronti di

Drummond David Carl, nato il 6 marzo 1963

De Los Reyes George, nato il 2 maggio 1954

Fleischer Peter Andrew, nato il 9 dicembre 1963

avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano del 21 dicembre 2012;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Alessandro M. Andronio;

udito il pubblico ministero, in persona del sostituto procuratore generale, Mario
Fratlicelli, che ha concluso per l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata;

uditi gli avvocati: Paola Severino per Drummond e, anche in sostituzione
dell'avv. Pisapia, per De Los Reyes; Paola Severino e Mario Siragusa per Fleischer.

RITENUTO IN FATTO

1. - Con sentenza del 24 febbraio 2010, il Tribunale di Milano ha - per quanto qui rileva - ritenuto gli imputati Drummond David Carl, Fleisher Peter Andrew, De Los Reyes George responsabili del reato loro contestato al capo B dell'imputazione, relativo alla 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 (Drummond, di amministratore delegato di Google Italy s.r.l.; Fleisher, di responsabile della *policy* sulla *privacy* di Google Inc.; De Los Reyes, 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 consiste, 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 investe 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.

2. - Con sentenza del 21 dicembre 2012, la Corte d'appello di Milano ha riformato, per la parte che qui rileva, 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*. 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. Si esclude, altresì, 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.

3. - Quest'ultima sentenza è stata impugnata, con ricorso per cassazione, dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Milano.

3.1. - 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.

3.2. - 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.

3.3. - 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. 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 illecito 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.

3.4. – 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.

4. – Con memoria depositata in prossimità dell'udienza, 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

5 AB

non si erano rappresentati in alcun modo il fatto di procedere ad un trattamento di dati personali.

CONSIDERATO IN DIRITTO

5. - Il ricorso del Procuratore generale non è fondato.

6. - La complessità e la novità delle questioni trattate impongono una sintetica ricostruzione del quadro normativo interno di riferimento.

6.1. - 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».

6.2. - 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

6
Ave

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.

6.3. - 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».

6.4. - L'art. 23 dispone - per quanto qui rileva - 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.

6.5. - 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

7 AA

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».

6.6. - 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».

6.7. - 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.

6.8. - 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».

6.9. - 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».

7. - 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.

7.1. - 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

9 AR

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.

7.2. - 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.

7.3. - 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 Española 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.

7.4. – 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 ommesso di prontamente rimuoverli o di disabilitare l'accesso agli stessi.

8. – 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.

8.1. - 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, lettera 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 nell'ambito del primo motivo di ricorso, non essendo configurabile alcun obbligo generale di controllo in capo ai rappresentanti di Google Italy s.r.l., gestore del servizio stesso.

8.2. - Sull'infondatezza del secondo motivo di ricorso, relativamente alla pretesa inapplicabilità della normativa sul commercio elettronico alle questioni relative

al diritto alla riservatezza, è sufficiente qui richiamare le considerazioni già ampiamente svolte *sub* 7.3.

Quanto alla pretesa non riconducibilità dell'attività svolta da Google Italy s.r.l. alla categoria dell'*hosting*, devono essere invece richiamati i rilievi *sub* 8., dovendosi ribadire che nel caso di specie il *provider* si è limitato a fornire ospitalità ai video inseriti dagli utenti, senza fornire alcun contributo nella determinazione del contenuto dei video stessi.

8.3. - Analoghe considerazioni valgono con riferimento al terzo motivo di doglianza, con cui si deduce l'inosservanza degli artt. 167, 13, 23, 4, del d.lgs. n. 196 del 2003 e si afferma che, secondo l'art. 13, comma 4, richiamato, se i dati personali non sono raccolti presso l'interessato, l'informativa di cui al comma 1, comprensiva delle categorie dei dati trattati, deve essere data dal *provider* all'interessato all'atto della registrazione dei dati o, quando è prevista la loro comunicazione, non oltre la prima comunicazione.

Va infatti rilevato che nessuno obbligo sussiste in capo al *provider*, non essendo questo, ma il singolo utente il responsabile del trattamento dei dati personali contenuti nel video caricato dall'utente stesso. E ciò, a prescindere dall'ulteriore analisi del quadro normativo, dalla quale emerge con chiarezza che l'eventuale violazione dell'art. 13 del Codice Privacy è sanzionata in via meramente amministrativa dal successivo art. 161 e non rientra, invece, fra quelle sanzionate penalmente dall'art. 167.

Il ricorrente afferma, poi, che vi sarebbe una qualche analogia tra la fattispecie per la quale qui si procede e quella esaminata dalla sentenza Cass., 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 illecito 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 degli interessati.

Tale affermazione non merita, all'evidenza, di essere condivisa perché non tiene conto delle peculiarità della posizione dell'*Internet host provider* più volte evidenziate rispetto alla posizione di un soggetto che, detenendo una vera e propria banca dati contenente gli indirizzi di una serie di soggetti, che lui stesso ha formato e gestito e della quale conosce fin dall'inizio il contenuto e le finalità, la cede ad un altro soggetto senza preoccuparsi di acquisire il consenso degli interessati.

8.4. – I rilievi finora svolti conducono ad escludere in radice la configurabilità, sotto il profilo oggettivo, di una responsabilità penale dell'*Internet host provider* e rendono, dunque, superfluo l'esame del quarto motivo di ricorso e dei correlati rilievi contenuti nella memoria difensiva relativamente alla configurabilità dell'elemento soggettivo del reato. E ciò, a prescindere dall'ulteriore considerazione che la mancanza di una conoscenza, in capo al *provider*, del dato sensibile contenuto nel video caricato dagli utenti sul suo sito e la mancanza di un obbligo generale di sorveglianza inducono ad escludere comunque – come ben evidenziato dalla Corte d'appello – la rappresentazione e la conseguente volizione da parte degli imputati del fatto tipico, costituito dall'abusivo trattamento di tale dato.

9. – Ne consegue il rigetto del ricorso del Procuratore generale.

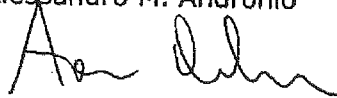
P.Q.M.

Rigetta il ricorso del Procuratore generale.

Così deciso in Roma, il 17 dicembre 2013.

Il Consigliere estensore

Alessandro M. Andronio



Il Presidente

Saverio F. Mannino

