

Spunti di riflessione sul delitto di illecito trattamento di dati personali: reato istantaneo o permanente?

di *Antonio Franchina*

NOTA A CASSAZIONE PENALE, SEZIONE III, SENTENZA 17 OTTOBRE 2019 (UD. 28 MAGGIO 2019), N. 42565

PRESIDENTE IZZO, RELATORE DE MARZO

Sommario. 1. Considerazioni introduttive. – 2. La tutela penale della privacy: un breve sguardo d’insieme. – 3. Il delitto di illecito trattamento dei dati personali: esegesi normativa e profili ricostruttivi. – 4. Reati istantanei e reati permanenti: profili dogmatici e ragioni della distinzione. – 5. La pronuncia della Suprema Corte. – 6. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione.

1. Considerazioni introduttive.

Con la sentenza in commento la Suprema Corte torna a pronunciarsi sul delitto di trattamento illecito di dati personali, di cui all’art. 167 del d. lgs. n. 196 del 2003, fattispecie che da tempo ha suscitato l’interesse dottrinale e giurisprudenziale¹, sia per profili di carattere dogmatico, che per profili di carattere più squisitamente sistematico.

In particolare, ci si domanda se la condotta di diffusione di dati personali per mezzo telematico comporti un’offesa del bene giuridico dispiegantesi nel tempo, ciò costituendo terreno fertile per l’illuminarsi della distinzione, assai nota nella teoria generale del reato, tra reati istantanei e reati permanenti, la cui validità dogmatica è dimostrata dalla sua applicazione non solo alle classiche fattispecie di parte speciale, ma altresì a quelle presenti nelle leggi complementari.

Quanto agli aspetti di carattere sistematico, non può sottacersi che il progresso tecnologico rappresenta una delle linee evolutive più significative dell’ordinamento penale, che, nella sua funzione precipua di razionalizzazione dei comportamenti umani, non può non prendere in considerazione frontiere prima inesplorate, che, alla luce dell’inscindibile nesso che avvince diritto e realtà, necessitano di una regolamentazione giuridica, come il mondo della rete.

La natura fondamentalmente anarchica del web, che si caratterizza come uno spazio ultrademocratico dove ognuno può esprimere in determinate forme e mediante mezzi

¹ Come si vedrà, infatti, la giurisprudenza in materia è particolarmente copiosa.

specifici, come i social networks, le proprie opinioni, rende maggiormente difficoltoso il controllo² dei dati che vi vengono di volta in volta inseriti dagli utenti, nonché della loro diffusione, da ciò discendendo la necessità di una regolamentazione giuridica puntuale del fenomeno telematico, stante l'impossibilità di applicazione analogica delle norme penali, scolpita all'art. 14 delle Preleggi.

Né a scongiurare una necessità siffatta può opporsi il tentativo di configurare, al fine di proteggere la rete ed il contributo che essa fornisce al progresso della civiltà, una scriminante *ex art. 51 c.p.*, atteso che l'esercizio di qualsivoglia diritto giammai può concretarsi in modalità che ne travalichino i limiti, tale ordine di considerazioni sembrando estendersi a maggior ragione per il diritto di libera manifestazione del pensiero esercitato attraverso il web.

La cornice teorica all'interno della quale si colloca la sentenza si arricchisce, sullo sfondo, del problema della tutela della privacy, che di recente ha conosciuto un'importante risposta anche a livello sovranazionale, attraverso l'emanazione del Regolamento UE 2016/679, meglio noto come GDPR.

2. La tutela della privacy e la sua rilevanza penale: un breve sguardo d'insieme.

Il diritto alla privacy³, noto anche come diritto ad essere lasciati soli⁴, rappresenta una mirabile metamorfosi tecnico giuridica dell'intimità privata, da ciò discendendo che la sua rilevanza nel mondo giuridico, prima che penalistica, è soprattutto a livello civilistico.

Una ricostruzione siffatta, in via preliminare, si impone, atteso che, se un istituto giuridico è già disciplinato da altro settore del diritto, l'ordinamento penale, nella sua opera di qualificazione del reale, non può non tenerne conto.

Rispetto al profilo da ultimo richiamato, a venire in rilievo è la nota dicotomia tra diritti della persona e diritti della personalità⁵, tornata significativamente in auge in virtù del sempre più frequente sorgere, nell'universo giuridico, di nuovi diritti, reso

² Sulla tematica dei doveri di controllo dei contenuti postati sul web e, più in generale, della responsabilità del google host provider cfr. Cass. pen. Sez. III. N. 5107 del 2014 in *Diritto penale contemporaneo*. La pronuncia è stata resa dalla Suprema Corte nell'ambito del noto caso Google vs Vividown, che era scaturito dalla pubblicazione sull'host di Google video di un filmato che ritraeva un ragazzo disabile umiliato ripetutamente dai compagni con frasi ingiuriose all'interno di una scuola. I giudici di legittimità, con ricchezza di argomentazione, affermano che non è configurabile alcuna posizione di garanzia, *rectius* dovere di controllo, in capo agli internet service provider, poiché non esiste disposizione alcuna che preveda un obbligo generale di sorveglianza dei contenuti immessi in internet, con ciò escludendosi la riconducibilità della fattispecie in discorso all'art. 40 comma 2 c.p. La sentenza in discorso traccia interessanti coordinate ermeneutiche rispetto al delitto di illecito trattamento di dati personali, di cui all'art. 167 del d.lgs. n.196 del 2003, che verrà approfondito successivamente.

³ Per un approfondimento del diritto alla privacy e della relativa tutela penalistica cfr. M. LAMANUZZI, *Tutela penale della privacy* in *Treccani.it*; V. MANES, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy* in *Diritto penale e processo*, 2019, 2, pp. 171 ss.

⁴ Il riferimento è alla nota espressione inglese "right to be alone".

⁵ Cfr. TORRENTE-SCHELSINGER, *Manuale di diritto privato*, ventiquattresima edizione, Milano 2019, pp. 143 ss.

possibile dalla rinnovata centralità che la persona umana ha acquisito nel sistema delle fonti, alla luce della *vis expansiva* dell'art. 2 Cost. e dal fenomeno noto come antropologizzazione del diritto civile, la cui portata è tale da irraggiare l'intero settore privatistico.

La distinzione dianzi citata abbraccia la persona nel suo complesso, toccando tanto la dimensione biologica, quanto quella valoriale, in ciò illuminandosi una delle fondamentali dicotomie del pensiero umano, ossia quella che contrappone staticità e dinamicità.

Alla luce di ciò, può dirsi che se i diritti della persona contrassegnano una qualificazione normativa di un dato fenomenico, quelli della personalità di tale dato rappresentano una proiezione giuridica.

L'importante sfumatura concettuale dianzi richiamata è messa in luce in maniera assai significativa proprio nel caso del diritto alla privacy, che assurge a diritto della persona, atteso che è coesistente alla sfera più intima dell'individuo.

Per contro, il diritto al trattamento dei dati personali, piuttosto che rientrare nel novero dei diritti della persona, rientra in quelli della personalità, attenendo alla dimensione dinamico relazionale dell'uomo, che, entrando in contatto coi propri simili, può far valere i diritti di cui dispone entro i confini tracciati dal principio di non interferenza nell'altrui sfera giuridica.

In tal senso, il diritto al trattamento dei dati personali, pur essendo caratterizzato da una forte assonanza concettuale con quello alla privacy, da esso si distingue, assumendo non solo la natura di diritto fondamentale dell'individuo, ma anche di interesse della collettività, che, in quanto tale, è meritevole di protezione.

Ciò in ragione del fatto che il diritto in discorso implica un trattamento dei dati personali che si realizzi attraverso canoni di liceità e correttezza, che sono da ritenersi epifenomeno dei principi di trasparenza e di legalità, che costituiscono i presupposti del funzionamento di qualsivoglia sistema democratico⁶.

Ciò posto, l'incessante divenire del reale, nonché il progresso tecnologico hanno comportato conseguenze di non lieve momento sui diritti in discorso, attraverso il fenomeno della cd. spettacolarizzazione della propria intimità, che si realizza in tanto attraverso atti di autonomia privata⁷, in quanto mediante la mera pubblicazione di dati personali sui social networks.

Ne discende che il corretto esercizio del diritto al trattamento dei dati personali e, soprattutto, alla loro diffusione deve uniformarsi alle regole del mondo della rete.

La rilevanza dei diritti fondamentali della persona lato sensu intesi ha creato le premesse per il sorgere dell'esigenza, in ossequio ad istanze garantistiche, di una

⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, pp. 19 ss.

⁷ È il caso dei contratti esistenziali che rappresentano, per l'appunto, atti di autonomia privata, con i quali le parti provvedono ad una regolamentazione dei propri interessi, anche di natura non patrimoniale. Un esempio rilevante in nella materia in esame potrebbe essere il contratto con cui un soggetto cede i propri diritti d'immagine ad un'emittente televisiva in occasione di un reality show.

loro tutela a livello più forte, che ha trovato la propria realizzazione nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali.

Rispetto al profilo da ultimo richiamato, a venire in rilievo è il diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, che presenta *prima facie* delle forti assonanze con il diritto al trattamento dei dati personali, come il *nomen iuris* che dice espressamente di vita privata suggerisce.

In un panorama così tratteggiato si colloca la tutela penale, la quale si giustifica, oltre che per esigenze di razionalizzazione del reale, in ragione dell'esigenza che la sfera dell'individuo non subisca aggressioni illecite, in ciò illuminandosi non solo un interesse del singolo, ma anche della collettività.

Consegue all'anzidetto che, stante l'importanza dei valori in gioco, l'ordinamento penale, piuttosto che mostrare indifferenza nei confronti del fenomeno, ha l'obbligo di intervenire per disciplinarlo, venendo in rilievo una delle applicazioni più evidenti del principio di necessità della sanzione penale⁸.

In ragione di ciò, anche in forza delle spinte provenienti dal diritto comunitario, che impone agli Stati membri di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive⁹, il legislatore, attraverso l'emanazione del dlgs. n.101 del 2018¹⁰, ha introdotto una serie di fattispecie delittuose, tra le quali campeggia il delitto di illecito trattamento dei dati personali, che viene in rilievo nella pronuncia che si commenta nella sua vecchia formulazione di cui all'art. 167 del Codice della Privacy, applicabile *ratione temporis* nel caso di cui si occupa la sentenza in commento.

Che il legislatore penale, nella sua opera di selezione dei fatti penalmente rilevanti, abbia deciso di incriminare l'illecito trattamento dei dati personali, piuttosto che una mera aggressione della privacy dell'individuo, peraltro già tutelata a livello di legge costituzionale (art. 14 Cost.) e di legge ordinaria (art. 614 c.p., disciplinante la violazione di domicilio), appare coerente con la predetta distinzione tra diritti persona e diritti della personalità, attenendo il diritto al trattamento dei dati personali, come evidenziato, al momento dinamico.

⁸ Per un approfondimento dogmatico del principio di necessità cfr. F. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto penale*, I, seconda edizione, Bari 2015.

⁹ La necessità che la sanzione penale rappresenti l'*extrema ratio* e che presenti caratteristiche di tal fatta è ribadita dall'art. 84 del GDPR, che è stato emanato proprio al fine di adeguare la disciplina dell'illecito trattamento dei dati personali ai nuovi rischi emersi alla luce del progresso tecnologico. A venire in rilievo, seppur sotto una veste diversa, è quella società del rischio, che da molte parti viene considerata una delle nuove dimensioni dell'illecito penale lato *sensu inteso*.

¹⁰ È il decreto di attuazione della predetta direttiva, con la quale il nostro legislatore si è adeguato alle istanze provenienti dal diritto europeo, il quale, oltre all'illecito trattamento di dati personali, ha innovato, tra gli altri, il delitto di falsità nelle dichiarazioni al Garante e interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante (art. 170), quello di inosservanza dei provvedimenti del Garante (art. 171) e quello di comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento in larga scala (art. 167 ter).

3. Il delitto di illecito trattamento dei dati personali: esegesi normativa e profili ricostruttivi.

Il delitto di illecito trattamento dei dati personali¹¹², nella sua originaria formulazione, rinviene il proprio fondamento normativo nell'art. 167 del d. lgs. n. 196 del 2003 che, nel disciplinare il trattamento illecito di dati, dispone che salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno procede al trattamento dei dati personali in violazione di quanto disposto dagli art. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, o in applicazione dell'art. 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la pena detentiva della reclusione da sei a ventiquattro mesi.

Dall'esegesi della disposizione in commento si arguisce che questa, a livello, di tecnica legislativa, è strutturata mediante l'utilizzo di una clausola di salvezza, il che è frequente in diverse *figurae criminis*, come l'art. 323 c.p., da ciò discendendo che la condotta incriminata rappresenta un'ipotesi di carattere residuale.

Ciò sembra trovare conferma nella circostanza che, nell'edificazione della fattispecie, il legislatore abbia operato più di un rinvio ad ipotesi disciplinate da altre norme del presente codice, come i principi applicabili al trattamento dei dati sensibili o di quelli giudiziari, di cui all'art. 19 del Codice della privacy.

Proseguendo nell'interpretazione della disposizione suddetta può dirsi che trattasi di reato comune, potendo essere commesso da chiunque, come emerge con nitore da una piana lettura del dato positivo.

Tale ultima affermazione sembrerebbe essere coerente con la ratio di fondo che ispira la disciplina penalistica della privacy, ispirata alla più volte menzionata dialettica tra diritto alla privacy e diritto al trattamento dei dati personali.

Passando alla disamina della condotta, può dirsi che la condotta tipica consiste nel trattamento di dati eseguito in violazione delle norme richiamate o dei provvedimenti del Garante.

Trattasi, inoltre, di reato a condotta alternativa, atteso che la violazione dei dati personali ben può realizzarsi attraverso diverse modalità, come il rinvio ad ipotesi normative disciplinate altrove, già menzionato in precedenza, suggerisce.

Ad ogni modo, nell'anfibologia della condotta rientra l'avvenuto trattamento dei dati sensibili di una persona, che può realizzarsi attraverso il raccoglimento, la selezione,

¹¹ A livello topografico, la disposizione di che trattasi è significativamente collocata nel titolo terzo della parte terza del codice, dedicata per l'appunto alle sanzioni, il che consente a livello esegetico un interessante raffronto sistematico con quanto stabilito nell'art. 1 del presente codice, che afferma con forza che chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano. Alla luce delle prefate considerazioni, può dirsi che la tecnica normativa utilizzata dal legislatore nel costruire le fattispecie penali di cui al capo III, oltre che nel rispetto del principio di frammentarietà, si muove in maniera assolutamente coerente con i principi che ispirano la legislazione sulla privacy. Ciò appare emerge con nitore dalla circostanza che a venire criminalizzata sia l'aggressione a quel diritto al trattamento dei dati personali che è affermato con forza all'art. 1.

¹² Un'interessante disamina giurisprudenziale del delitto in commento, utile anche a fini della comprensione del suo atteggiarsi fenomenologico, è contenuta nel già citato caso Google vs Vividown.

l'elaborazione, l'utilizzazione, la diffusione e l'organizzazione di dati sensibili, il che è apprezzabile nell'ipotesi di chi metta a disposizione degli utenti un servizio web, che consenta il caricamento in rete di un video contenente i dati personali di un soggetto¹³.

Ciò premesso, nell'esegesi della disposizione in commento appare centrale il lemma "nocumento", la cui corretta classificazione ha suscitato altresì l'interesse della giurisprudenza.

In particolare, ci si è chiesti se tale elemento potesse essere qualificato in termini di elemento costitutivo del reato¹⁴ o di condizione obiettiva di punibilità¹⁵.

La questione non è meramente nominalistica, atteso che a venire in rilievo sono due situazioni assai differenti, rappresentando la prima il nucleo essenziale del fatto tipico, la seconda, secondo l'interpretazione dottrinale prevalente, ponendosene al di fuori¹⁶.

In realtà, a ben vedere, l'elemento del nocumento appare essere centrale nella dinamica del reato, atteso che la condotta posta in essere dal reo è punibile proprio se dal fatto deriva nocumento, non potendo esserlo altrimenti.

Inoltre, non può sottacersi che, ai fini dell'integrazione del reato, è necessario che il trattamento dei dati personali avvenga senza il consenso del soggetto, la cui assenza appare coesistente al nocumento a questi arrecato.

Tale ordine di considerazioni appare trovare conferma in un recentissimo arresto giurisprudenziale¹⁷, che, nell'occuparsi dell'illecito trattamento dei dati personali, ha affermato che esso è insussistente qualora la condotta dell'agente non abbia arrecato concreto nocumento al soggetto passivo titolare dei dati personali.

Quanto all'atteggiarsi dell'elemento soggettivo, può dirsi che a venire in rilievo è un reato a dolo specifico, come l'utilizzo legislativo della locuzione trarre per sé profitto con altrui danno suggerisce.

Appare chiaro che, rappresentando il dolo la forma più intensa e più grave di imputazione soggettiva, poiché l'evento non è solo voluto dall'agente, ma anche perseguito ed accettato, l'accertamento della sua sussistenza in capo al reo dovrà essere oggetto di una rigorosa valutazione giudiziale, da svolgersi anche alla luce dei dettami di cui all'art. 533 c.p., che cristallizza legislativamente il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

¹³ Come è accaduto nel più volte menzionato caso Google vs Vividown.

¹⁴ Cfr. Cass. pen. n. 15221 del 2016.

¹⁵ Cfr. Cass. pen. n. 7504 del 2013.

¹⁶ Tale dilemma interpretativo è stato risolto dal legislatore del 2018, che, nel riformulare la fattispecie criminosa, ha stabilito che, ai fini dell'integrazione del delitto di illecito trattamento dei dati personali, la condotta debba arrecare nocumento al soggetto cui i dati si riferiscono.

¹⁷ Cfr. Cass. pen. Sez II, N. 41604 del 2019 dove si afferma che nell'attuale sistema informativo e commerciale nello spettro del nocumento rientra non solo il disagio di dover cancellare pochi ed occasionali messaggi indesiderati, ma anche, se non soprattutto un pregiudizio effettivo, che si riveli proporzionato rispetto all'invasività dei comportamenti sgraditi.

Quanto, invece, al bene giuridico tutelato dalla norma, può individuarsi nella tutela (*rectius*: protezione) dei dati personali del soggetto, poiché, come evidenziato in precedenza, esso rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo, tutelato anche, se non soprattutto a livello sovranazionale (art. 8 CEDU), ciò fornendo interessanti spunti di riflessione sul rapporto intercorrente tra incriminazione e diritti fondamentali¹⁸.

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, si ritiene che a rientrare nell'alveo del penalmente rilevante non sia solo la privacy strettamente intesa, che si traduce nell'interesse, costituzionalmente tutelato, che la propria dignità non venga travisata, ma anche l'interesse della collettività.

Né può sottacersi che nel contesto di una società democratica la tutela di un bene individuale sia strumentale a quella del bene collettivo.

Ciò posto, per completezza di indagine, è opportuno soffermarsi brevemente sul *novum* normativo, che dispone che salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, operando in violazione di quanto disposto dagli artt. 123, 126 e 130 o dal provvedimento di cui all'articolo 129 arreca nocimento all'interessato, è punito con la pena detentiva della reclusione da sei mesi ad un anno e sei mesi.

Da una piana esegesi del dato normativo si evince che, a differenza del testo previgente, l'elemento del nocimento diventa essenziale, come emerge plasticamente dall'utilizzo legislativo della locuzione "arreca nocimento".

Tale scelta legislativa sembrerebbe recepire la dianzi menzionata evoluzione giurisprudenziale, che, come evidenziato, ha messo in luce la centralità dell'elemento del nocimento nell'esegesi della disposizione.

Da ultimo, si segnala che un recentissimo orientamento giurisprudenziale¹⁹ si è occupato dei problemi di successione di leggi nel tempo, cui ha dato adito la riformulazione dell'art. 167 da parte del legislatore del 2018, che è stato trasformato da reato di condotta a reato d'evento.

Ciò comporta modifiche di non lieve momento quanto alla struttura della fattispecie, atteso che il danno entra a far parte della struttura del reato e, conseguentemente, rientra nel fuoco del dolo.

¹⁸ Alla luce del mutato quadro nel quale si trova ad operare il legislatore penale, alle prese con la sempre più prepotente influenza del diritto UE e di quello convenzionale, si ritiene che le scelte di incriminazione rinvengano la propria *ratio essendi* nella tutela dei diritti fondamentali e che questi rappresentino un limite all'incriminazione stessa, che su di essi non può impattare in maniera negativa.

¹⁹ Cfr. Cass. pen. Sez. III. n. 46376 del 2019, dove si afferma che integra il delitto di illecito trattamento dei dati personali la condotta di chiunque, non autorizzato, al fine di trarre per sé o per altri profitto, ovvero di arrecare danno all'interessato, arreca nocimento all'interessato stesso, mediante il trattamento dei dati personali. Tale fattispecie criminosa, ribadiscono i supremi giudici, è posta a presidio delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, che rappresenta un fondamentale obiettivo del GDPR.

Ne discende che il nocumento deve essere previsto e voluto dall'agente, ciò comportando problemi applicativi rispetto all'individuazione della disciplina applicabile,

Appare chiaro che, ipotizzandosi la sussistenza di una continuità normativa tra la previgente fattispecie e la nuova, la norma applicabile sarà da individuarsi in quella più favorevole al reo.

4. Reati istantanei e reati permanenti: profili dogmatici e ragioni della distinzione.

Come anticipato, l'iter ricostruttivo della sentenza in commento consente di addentrarsi nella disamina della distinzione tra reati istantanei e reati permanenti, che, assieme a quella tra reati di danno e reati di pericolo, rappresenta una delle principali classificazioni della dogmatica del reato.

Tale dicotomia rinviene la propria *ratio essendi* nel rapporto sussistente tra perfezionamento e consumazione del reato, atteso che, se è vero che questo si perfeziona nel momento in cui sono integrati tutti i suoi elementi costitutivi, può ben accadere che il completamento della fattispecie e la produzione dell'effetto giuridico che ad essa si ricollega non determini l'esaurimento del reato, essendo possibile che l'offesa persista.

Tale ultima circostanza è da ricondursi ora alla natura del bene giuridico aggredito dalla condotta illecita, ora alla struttura del fatto tipico²⁰.

Fatte queste premesse di carattere generale, può dirsi che sono sussumibili nella categoria dei reati istantanei quei reati nei quali il perfezionamento della fattispecie è contestuale alla produzione dell'effetto giuridico, da ciò discendendo che la situazione dannosa o pericolosa non si protrae nel tempo²¹.

In altre parole, come sottolineato in dottrina, ad essere istantanea è l'offesa, che viene ad esistenza e si produce nello stesso istante²², in ciò illuminandosi una particolare rilevanza per siffatti reati della dimensione temporale, che rinviene la propria essenza proprio nell'impossibilità naturalistica ed ontologica dell'offesa di protrarsi nel tempo.

Una ricostruzione in termini siffatti non pare porsi in contrasto con la natura unisussistente o plurisussistente del reato²³, atteso che tali concetti riguardano il momento esecutivo dell'azione, abbracciando la categoria dei reati istantanei, come

²⁰ Cfr. F. BELLOMO, *op.cit.*, II, p.140.

²¹ Sulla distinzione tra reati istantanei e permanenti cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, sedicesima edizione, Milano 2003, pp.266 ss., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, ottava edizione, Bologna 2019, pp. 211 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, nona edizione, Padova 2015, pp. 428 ss.

²² Così F. MANTOVANI, *op. cit.* p. 428

²³ Per un approfondimento della distinzione tra reato unisussistente e reato plurisussistente cfr. F. ANTOLISEI, *op.cit.*, p. 271, secondo il quale tale distinzione, elaborata dalla più antica dottrina, trae origine dal fatto che, se è vero che il reato può perfezionarsi con un solo atto, talvolta a tal fine sono necessari più atti. In tal senso il reato unisussistente è quello *qui unu actu perficitur*.

evidenziato in apertura, quella dell'istantaneità con cui il fatto tipico e l'offesa si consumano e si producono.

Ciò posto, per lungo tempo la linea di *discrimen* tra reati istantanei e permanenti veniva individuata nella natura del bene giuridico tutelato, tal che se il bene aggredito dall'azione criminosa era di natura materiale a venire in rilievo non poteva che essere un reato istantaneo, diversamente, se il bene compreso dall'offesa era di natura immateriale, ci si trovava al cospetto di un reato permanente

Un'impostazione siffatta appare fallace, atteso che tanto i reati istantanei, quanto quelli permanenti possono aggredire qualsivoglia tipologia di bene giuridico, a prescindere dalla sua natura materiale o immateriale.

Stringendo l'angolo visuale sulla parte speciale del diritto penale, può dirsi che gli esempi più emblematici di reati istantanei vanno rinvenuti in quelle condotte criminose che sono dirette ad offendere beni materiali di natura incompressibile, tra i quali spicca l'omicidio, di cui all'art. 575 c.p.

Ciò in ragione del fatto che, sebbene questo ben possa estrinsecarsi in più atti consecutivi nel tempo, l'offesa si perfeziona sempre e necessariamente nel momento della morte della vittima.

Del pari è a dirsi per le fattispecie satellite, ossia quelle disciplinate dagli artt. 579, 584, 589 c.p.

Altro esempio di reato istantaneo individuato dalla dottrina²⁴ è quello rappresentato dall'evasione, che si perfeziona e si esaurisce nello stesso istante in cui il reo esce dal carcere.

Quanto al reato permanente, può dirsi che, pur essendo una figura di elaborazione dottrinale²⁵, esso trova menzione legislativa esplicita negli artt. 158 c.p. e 8 e 382 c.p.p.- disciplinanti rispettivamente la prescrizione, le regole generali della competenza e lo stato di flagranza- da una piana lettura dei quali si evince la rilevanza del momento di cessazione della permanenza ed all'inizio della consumazione del reato, per quanto riguarda l'individuazione del giudice competente.

Dal riferimento legislativo alla cessazione della permanenza si arguisce il protrarsi ed il mantenersi nel tempo dell'offesa tipica costituita dal reato permanente, al quale possono ricollegarsi degli effetti processuali solo ove questo abbia esaurito le proprie conseguenze giuridiche nel mondo sostanziale.

Da qui è possibile arguire la distinzione tra perfezionamento e consumazione, che, specie nel reato permanente, non sono coincidenti, potendo il reato esaurire i propri

²⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 429.

²⁵ Cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 267, secondo cui può dirsi di reato permanente nel caso in cui, da un lato, lo stato dannoso o pericoloso derivante dalla condotta della vittima abbia carattere continuativo, dall'altro che il protrarsi della situazione antigiuridica sia dovuto alla condotta volontaria del soggetto, da ciò discendendo che questi è normalmente in grado di far cessare lo stato continuativo da lui posto in essere. In senso conforme v. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 429.

effetti solo ove venga meno la situazione di compressione del bene giuridico protetto dalla norma che ha avuto origine nella condotta del soggetto agente.

Illuminante, in tal senso, è il riferimento all'art. 605 c.p., disciplinante il sequestro di persona, che punisce chiunque con pena detentiva privi un soggetto della libertà personale.

Dall'esegesi della disposizione de qua, che a livello descrittivo, in ragione dell'importanza del bene tutelato, ossia la libertà personale, pone l'accento sull'evento piuttosto che sull'azione si evince che tanto la condotta, quanto l'offesa si protraggono per un lasso di tempo apprezzabile, non potendo la libertà personale essere gravemente compressa, in ossequio alle leggi della fisica, se non in un intervallo di tempo significativo, come emerge con nitore dall'utilizzo legislativo del verbo privare, il cui raggio di operatività non può che esplicarsi nel tempo.

La formulazione legislativa, nell'evidenziare la privazione della libertà personale, piuttosto delle modalità con cui essa avviene, che possono essere le più svariate, il che è testimoniato anche dalla possibilità di realizzazione di tale reato in forma plurisoggettiva, non appare casuale, atteso che l'essere libero da parte di un soggetto è coesistente allo stato di natura, la privazione di tale libertà costituendo, pertanto, un'anomalia.

Tale ordine di considerazioni pare potersi estendere con maggior forza all'ipotesi di cui all'art. 630 c.p., assai nota nella fenomenologia criminale e disciplinante il sequestro di persona a scopo di estorsione, che si pone in rapporto di specialità con la precedente disposizione e che ed al quale è riservato un trattamento sanzionatorio assai severo, in relazione alla gravità dell'offesa.

A livello di tecnica legislativa, può osservarsi il diverso lessico utilizzato, come si evince dal termine "sequestra" e dall'illuminarsi del dolo specifico costituito dal riferimento all'ingiusto profitto da conseguire come prezzo della liberazione.

Diversamente, nel delitto di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p., può apprezzarsi una maggior precisione legislativa nella costruzione della fattispecie, nella quale viene disciplinata minuziosamente la condotta, che consiste nell'esercitare su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà o nel ridurre o mantenere una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni sessuali o all'accattonaggio, mentre l'evento, ossia la privazione della libertà personale, evincibile dalla rubrica "riduzione in schiavitù", è implicito nella descrizione normativa.

La natura permanente del reato emerge plasticamente dall'utilizzo legislativo del verbo mantenere, nonché dall'aggettivo "continuativa", che qualifica il lemma soggezione, non potendo evidentemente la riduzione in schiavitù realizzarsi chiaramente in forma istantanea e l'aspro trattamento sanzionatorio rinvenendo giustificazione proprio nel proiettarsi dell'azione e dell'evento, inteso in senso materiale e giuridicamente qualificato in termini di massima lesività, nel tempo.

Da quanto precede, può affermarsi che l'integrazione di un reato permanente è possibile solo allorché il bene giuridico venga leso per un lasso di tempo apprezzabile, altrimenti non potendo parlarsi di "permanenza", la quale si illumina

proprio nella persistenza nel tempo di un dato stato di cose o di una data situazione di fatto.

In tal prospettiva, può dirsi che il reato permanente è un reato a perfezionamento continuo, che rinviene il proprio fondamento nello stato di compressione del bene giuridico, a nulla rilevando in merito alla natura degli elementi costitutivi del fatto tipico la circostanza che esso si protragga nel tempo, poiché tanto la condotta, quanto l'evento rimangono i medesimi, ciò essendo coerente con lo stesso significato di "permanenza"²⁶.

In tal senso, pare potersi prendere le distanze da quella opinione dottrinale²⁷ in base alla quale è possibile operare una scissione della condotta in attiva, avuto riguardo all'inizio della permanenza, ed omissiva, facendo invece riferimento all'astensione dall'attivarsi perché la permanenza cessi, affermando piuttosto la natura unitaria dell'illecito permanente.

Inoltre, se si aderisce a quell'impostazione che supera la dicotomia tra reati di pura condotta e reati d'evento²⁸, in base alla quale in tutti i reati è presente un evento materiale, può dirsi che nei reati permanenti a protrarsi nel tempo non è tanto e solo la condotta, ma soprattutto l'evento, inteso in questo contesto come compressione del bene giuridico protetto.

Alla luce delle prefate riflessioni, può dirsi che l'ordinamento fa dipendere l'operatività della sanzione penale in tali casi non tanto dalla natura del bene giuridico protetto, che può essere la più svariata, quanto dalle modalità di aggressione, essendo il reato, non solo illecito di lesione, ma anche illecito di modalità di lesione.

Ciò trova conferma nella natura permanente di reati che offendono beni altri rispetto a quelli di natura personale, come l'illecito ambientale.

La validità dogmatica della distinzione in discorso, come riportato dalla sentenza in commento, ha trovato conferma altresì nella giurisprudenza di legittimità²⁹, nella quale sia afferma che i reati istantanei sono quelli in cui l'azione antiggiuridica si compie e si realizza definitivamente con il verificarsi dell'evento, tal che in siffatto momento il reato stesso viene ad esaurirsi, mentre in quelli permanenti gli effetti antiggiuridici, nonostante il realizzarsi dell'evento, non cessano, ma permangono nel tempo per l'impulso della intenzionale condotta dell'agente.

²⁶ Per un approfondimento delle varie sottocategorie di reato permanente elaborate dalla dottrina cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.* che distingue tra reati necessariamente permanenti e reati eventualmente permanenti, in base alla circostanza che il perdurare della situazione antiggiuridica sia o meno essenziale per la configurabilità del reato.

²⁷ Cfr. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 269, il quale prende le distanze dalla diffusa opinione in base alla quale il reato permanente si comporrebbe di due fasi, ossia quella della realizzazione del fatto descritto dalla legge, nella quale verrebbe in rilievo una condotta attiva e quella del mantenimento dello stato dannoso o pericoloso, che illuminerebbe una condotta omissiva. Una teoria di tal genere, nota come concezione bifasica, ad avviso dell'autore non ha ragion d'essere, non corrispondendo alla realtà giuridica, atteso che possono darsi dei reati permanenti che consistono in una pura omissione.

²⁸ Cfr. F. BELLOMO, *op.cit.*, II, p. 98 ss.

²⁹ Cfr. Cass. pen. sez. II, n. 4393 del 2018.

Da ultimo, pare opportuno menzionare il reato istantaneo ad effetti permanenti, che appare essere, giusto *il nomen iuris*, una figura ibrida rispetto a quelle in precedenza menzionate.

In ipotesi di tal fatta, invero, appare esservi una forte dissociazione tra il momento del perfezionamento e quello della consumazione, che appare essere confermata dal fatto che se la realizzazione del fatto di reato avviene con il compimento dell'azione tipica, altrettanto non può dirsi per le conseguenze (*rectius*: gli effetti) da esso prodotte, che illuminano il permanere della situazione antigiuridica fino al loro esaurimento.

È il caso, tra gli altri, del delitto di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p., con il quale si punisce chiunque commetta un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o altro disastro, che è stato ricondotto dalla giurisprudenza recente³⁰ alla categoria in discorso, ritenendo che esso si consumi nel momento in cui l'evento disastro si verifica.

L'elaborazione di una figura di tal genere appare essere coerente con il sempre più significativo emergere di nuove tecniche di aggressione dei beni giuridici, apparendo coerente porre l'accento sugli effetti che il reato produce anche a distanza di tempo, ma non per questo meno rilevanti alla luce dell'accertamento del rapporto di causalità tramite la regola BARD tra la condotta e l'evento, come è avvenuto nel noto caso Eternit e come potrebbe avvenire, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi di reato di sversamento di rifiuti tossici.

5. La pronuncia della Suprema Corte.

Il caso affrontato dai giudici della Suprema Corte riguardava la creazione di un falso account su un social network e su una videochat di incontri da parte di un uomo, che, ad insaputa della moglie, aveva utilizzato i suoi dati personali, così integrando la condotta di illecito trattamento dei dati personali di cui all'art. 167 del Codice della privacy.

In particolare, i dati personali illecitamente utilizzati erano stati inseriti dall'imputato nella stanza denominata "sesso" del relativo profilo.

Dopo la condanna in primo grado, la Corte d'appello di Catania ricorreva in Cassazione, lamentando l'intervenuta prescrizione del reato, atteso che era trascorso un lasso di tempo assai significativo tra la creazione dell'account, avvenuta del 2010 e la data del processo.

La Corte di Cassazione, dopo aver osservato che la condotta contestata riguarda non già l'utilizzo di dati per la registrazione dell'account, bensì la diffusione degli stessi, traccia interessanti coordinate di carattere dogmatico in materia processuale.

In particolare, esclusa la sussistenza di alcuna violazione del principio di non contraddizione nella sentenza impugnata, osservano i giudici che il ragionevole

³⁰ Cfr. Cass. pen. I sez. n. 7491 del 2015, secondo la quale il delitto di disastro innominato di cui all'art. 434 cp. introduce un'ipotesi di delitto aggravato dall'evento, la cui consumazione va individuata nel momento in cui detto evento si verifica.

dubbio deve fondarsi non solo su ricostruzioni astrattamente ipotizzabili *in rerum natura*, ma la cui plausibilità deve essere rigorosamente ancorata alle risultanze processuali, da assumersi nella loro oggettiva consistenza.

In altre parole, il ragionevole dubbio deve rispondere non solo a criteri dotati di intrinseca razionalità, ma deve poter essere argomentato con ragioni verificabili sulla base del materiale probatorio acquisito al processo.

Tali affermazioni appaiono particolarmente significative, atteso che, così argomentando, non si fa altro che rafforzare la legittimazione del principio di cui all'art. 533 c.p. all'interno del processo, che pare dover essere condotto, in tutte le sue fasi, oltre ogni ragionevole dubbio.

Né pare potersi trascurare che, affermando che *“il ragionevole dubbio deve fondarsi non solo su ricostruzioni ipotizzabili in rerum natura”*, ma su ricostruzioni plausibili sulla base delle risultanze processuali, non si fa altro che ribadire con forza l'inscindibile legame sussistente tra diritto e realtà.

Alla luce di tali affermazioni, la Corte osserva che, come sostenuto dalla Corte d'appello, il fatto che l'imputato non avesse indicato chi mai potesse essere a conoscenza dell'account da lui creato, va inteso non come un'inammissibile inversione dell'onere probatorio, ma come la *“puntualizzazione dell'assenza di qualunque allegazione idonea ad incrinare conclusioni del tutto univoche alla stregua degli elementi concretamente emersi in esito all'istruttoria dibattimentale”*. Fatte queste precisazioni di carattere squisitamente tecnico processuale, i supremi giudici si addentrano nella disamina dei profili sostanziali del caso sottoposto alla loro attenzione, richiamando, in via preliminare, la definizione di dato personale, che l'art. 4 comma 1 lettera b del Codice della privacy definisce come *“qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati ed identificabili anche indirettamente”*.

Ciò detto, si afferma che il delitto di illecito trattamento di dati personali viene in rilievo nella disciplina vigente *ratione temporis*, né la modifica operata dal legislatore nel 2018 sulla spinta dei principi contenuti nel GDPR è tale da mutare il quadro ricostruttivo della fattispecie criminosa in discorso.

Ciò in ragione del fatto che tanto la previgente fattispecie, quanto il *novum* normativo identificano il trattamento dei dati personali come *“qualunque operazione o complesso di operazioni concernenti la comunicazione e la diffusione di dati”*.

Rispetto al profilo da ultimo evocato la Suprema Corte precisa che l'attività di diffusione deve intendersi come la conoscenza di dati fornita ad un numero indeterminato di soggetti, con ciò affermandosi la sussistenza di un inscindibile nesso tra diffusione ed indeterminatezza.

Ciò posto, dopo aver tracciato importanti coordinate di teoria generale in merito alla distinzione tra reati istantanei e reati permanenti³¹, la Suprema Corte afferma che la condotta di diffusione, essendo programmaticamente destinata a raggiungere un

³¹ Cfr. par. 6.

numero indeterminato di soggetti, si caratterizza per la continuatività dell'offesa derivante dalla persistente condotta volontaria dell'agente.

Ciò in ragione del fatto che questi, se avesse voluto, ben avrebbe potuto rimuovere i dati personali presenti nel social network.

Alla luce di ciò, conclude la Cassazione, l'illecito, che si è perfezionato nel momento di instaurazione della condotta di diffusione dei dati, si è consumato, giusto quanto disposto dall'art. 158 c.p., dal giorno in cui è cessata la permanenza, da ciò discendendo l'irrelevanza dell'eccezione di prescrizione.

6. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione.

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, si ritiene di poter aderire a quanto stabilito dalla Suprema Corte per le ragioni che seguono.

In primo luogo, quanto alle precisazioni in merito alla condotta criminosa, non può non evidenziarsi che, piuttosto che la creazione del profilo falso, a venire in rilievo e ad essere incriminata è la condotta di diffusione, la quale appare dotata di una carica di offensività indubbiamente maggiore.

Ciò in ragione del fatto che la possibilità di conoscenza dei dati da parte di un numero indeterminato di soggetti appare essere coesistente alla loro diffusione, che inevitabilmente comporta una circolazione di informazioni e di dati sensibili ad ampio raggio.

Nel linguaggio comune, invero, diffondere significa “propagare”, “estendere nello spazio”, il che implica, alla luce di elementari principi logici oltre che fisici, la possibilità di conoscenza di quanto viene diffuso da un numero indeterminato di persone, che di certo non abitano in uno spazio ristretto.

Una tale evenienza è resa possibile dalla natura stessa di Internet, che, come precisato in apertura, si configura come uno spazio fondamentalmente anarchico, tal che risulta difficile ed obiettivamente inesigibile controllare la massa di dati che vi vengono immessi.

Alla luce delle prefate considerazioni, ben si comprende come la condotta di diffusione illecita di dati personali sia altamente lesiva della privacy dell'individuo, recando un pregiudizio di non lieve momento altresì alla riservatezza ed alla dignità della persona, che sono valori costituzionalmente tutelati. Più precisamente, il fatto di reato consiste in un accadimento naturale, da ciò discendendo, da una parte, che può essere incriminato solo un fatto che sia percepibile nel mondo sensibile- che espliciti cioè, in ossequio al principio *ex nihilo nihil fit*, la propria forza nella realtà- dall'altro che non sia punibile un comportamento che non si estrinsechi nel concreto divenire del reale, retto dal principio *natura non facit saltus*³².

Tale ordine di considerazioni appare illuminarsi con particolare forza nel caso della condotta di diffusione illecita di dati personali, che, sprigionando la propria forza nella realtà, è pienamente rispettosa dei canoni di materialità e di offensività del reato.

³² Cfr. F. BELLOMO, *op. cit.*, TOMO I, Bari, 2015, pp. 228 ss.

Né pare potersi trascurare che la condotta criminosa assume un disvalore ancor maggiore ove si consideri che l'autore del delitto è un marito, reo di aver acquisito illecitamente i dati personali della moglie senza il suo consenso.

Volgendo lo sguardo al nucleo essenziale dell'iter argomentativo della Suprema Corte, può dirsi che appare corretta la ricostruzione del delitto non già come reato istantaneo, ma come reato permanente.

Ciò in ragione del fatto che sembrerebbe un assurdo giuridico sostenere che l'offesa al bene giuridico protetto dalla norma si produca e si consumi nello stesso istante, stante l'evidente perdurare nel tempo delle conseguenze giuridiche del reato.

Né a confutare un'asserzione di tal fatta può richiamarsi utilmente la circostanza che la condotta di creazione, da parte del soggetto agente, di un profilo falso integri un reato istantaneo, atteso che a venire in rilievo, come sottolineato dalla Suprema Corte, è non già la condotta di registrazione dell'account, che di certo produce un'offesa che viene ad esistenza e si consuma contestualmente, ma la ben diversa condotta di diffusione dei dati, che essenzialmente è destinata a perdurare nel tempo. In altre parole, a venire in rilievo è un reato le cui conseguenze giuridiche si protraggono nel tempo e che possono essere rimosse solo attraverso un'azione volontaria da parte del reo.

Né può sottacersi il rilievo che, alla luce del ricostruito atteggiarsi fenomenologico del reato permanente, a perdurare nel tempo non è soltanto la condotta criminosa, ma altresì l'evento pericoloso estrinsecantesi nella compressione del bene giuridico protetto dalla norma, ossia il diritto al (lecito) trattamento dei propri dati personali.

Ciò in ragione del fatto che, se è vero che il legislatore ha istituito, recependo una legge di natura un rapporto di causalità tra la condotta e l'evento (art. 40 c.p.), allora protraendosi nel tempo la prima, è necessario che faccia lo stesso anche il secondo.

Il perdurare nel tempo dell'evento dannoso appare altamente lesivo del bene giuridico protetto, stante la possibilità concreta che un numero sempre più consistente di soggetti abbia modo di acquisire il dato conoscitivo rappresentato dall'immissione nel mondo del web dei dati personali illecitamente trattati.

In una prospettiva siffatta, appare chiaro che, a livello ermeneutico, il requisito dell'indeterminatezza dei soggetti rappresenta un elemento decisivo per la ricostruzione del delitto in discorso come reato permanente.

Ne consegue che la continuità dell'offesa può essere eliminata solamente dal soggetto agente, il quale, piuttosto che adoperarsi per la rimozione dei dati personali resi ostensibili ai frequentatori abituali del social network, se ne è astenuto.

Avviandosi alle conclusioni e volendo fornire un possibile spunto di riflessione a livello dogmatico, può dirsi che, esclusa *ab imis* la ricostruzione del delitto di illecito trattamento dei dati personali come reato istantaneo, al più se ne potrebbe sostenere la riconducibilità alla categoria del reato istantaneo ad effetti permanenti.

Una ricostruzione di tal fatta sembrerebbe essere possibile ove si sostenga che tra la condotta di creazione di un falso profilo social e la conseguente diffusione dei dati personali nel web esista una forte dissociazione, tal che se l'azione tipica si produce

a livello istantaneo, altrettanto non può dirsi per le conseguenze giuridiche del reato, le quali permangono necessariamente nel tempo.