

# SOMMARIO

## SAGGI

### LE ECCEZIONI E LIMITAZIONI RELATIVE AI DIRITTI D'AUTORE ED AI DIRITTI SUI DATI PERSONALI

di Raffaele Servanzi

**Sommario:** 1. I diritti sui dati personali. – 2. Le eccezioni relative ai dati personali. – 3. L'appartenenza dei diritti sui dati personali alla categoria della proprietà intellettuale. – 4. Sovrapposizioni tra diritti di proprietà intellettuale e diritti sui dati personali. – 5. Un primo confronto tra le eccezioni e limitazioni relative ai diritti d'autore e rispettivamente ai dati personali.

Sia i diritti sui dati personali sia i diritti d'autore sulle opere dell'ingegno sono diritti esclusivi soggetti ad alcune eccezioni: pertanto le utilizzazioni dei dati o delle opere dell'ingegno non consentite dall'interessato o dall'autore sono lecite solo se sono scriminate da un'eccezione. L'oggetto del diritto sui dati e del diritto d'autore può talora coincidere, e ciò richiede di applicare entrambe le discipline congiuntamente. Questo studio procede allora ad un primo confronto tra le eccezioni relative ai diritti d'autore e rispettivamente a quelli sui dati personali.

*Both rights on personal data and copyright on works of authorship are exclusive rights subject to limited exceptions: therefore, uses of a personal data or of a works of authorship, if not allowed by the data subject or by the author, are lawful only if justified by an exception. The object of the data right and copyright may sometimes correspond, and whenever this situation verifies both disciplines have to be applied jointly. The article then makes an initial comparison between the exceptions relating the copyright and data protection rights exceptions.*

### ECONOMIA DIGITALE, SIGNIFICATIVA PRESENZA ECONOMICA E TASSAZIONE

di Francesca Stradini

**Sommario:** 1. Globalizzazione ed economia digitale: i mutamenti delle forme di mercato e la stabile organizzazione. – 2. L'istituto della stabile organizzazione tra BEPS, Convenzione multilaterale e art. 5 Modello OCSE. – 3. La normativa interna: le modifiche all'art. 162 Tuir tra norme convenzionali non vincolanti e scelte dettate dall'economia digitale. – 4. Considerazioni conclusive sul ruolo della stabile organizzazione: riflessioni a margine tra diritto europeo, convenzionale ed interno e lotta all'evasione.

Differenti e notevoli sono le ripercussioni dell'economia digitale anche in ambito fiscale. Una di queste va ad influire sull'istituto della stabile organizzazione. Sarà fondamentale considerare l'approccio interno, convenzionale e europeo relativo alla stabile organizzazione virtuale.

*The repercussions of digital economy are different and remarkable also in the tax area. One of these affects the permanent establishment. It will be essential to consider the internal, conventional (OCSE and BEPS) ed European approach to permanent establishment on line.*

(\*) Gli abstract sono redatti dai singoli Autori dei saggi e delle note, e rivisti dal prof. Bruno Tassone.

## GIURISPRUDENZA

### COMPARATA

LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DI AMAZON PER DANNI PROVOCATI DA PRODOTTI DIFETTOSI: ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RESPONSABILITÀ DEI MARKETPLACE NEL CASO BOLGER

*Court of Appeal; Fourth Appellate District, Division One, State of California; sentenza 13 agosto 2020*  
commento di Raffaella Nigro

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. I fatti all’origine del caso *Bolger c. Amazon* e la sentenza della Corte d’appello della California del 13 agosto 2020. – 3. Le novità introdotte nella sentenza *Bolger* e i suoi possibili effetti nell’ordinamento giuridico statunitense e in quello dell’Unione europea. – 4. La possibilità di equiparare un prestatore di servizi di vendita *online* ad un venditore “tradizionale” nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea. – 5. La disciplina europea sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi e le eventuali implicazioni per le piattaforme *online*. – 6. Considerazioni conclusive.

Il 13 agosto 2020 i giudici del Quarto Distretto della Corte d’appello dello Stato della California hanno accertato, nel caso *Bolger c. Amazon*, una responsabilità oggettiva della nota piattaforma *online* Amazon per danno da prodotto difettoso, nella specie una batteria sostitutiva per computer portatile che, esplosa qualche mese dopo l’acquisto, aveva provocato gravi ustioni alla ricorrente. Il commento che segue intende dimostrare come le conclusioni raggiunte dai giudici statunitensi siano suscettibili di trovare applicazione anche nell’ordinamento dell’Unione europea, e di riflesso nell’ordinamento dei suoi singoli Stati membri, contribuendo per questa via a chiarire e precisare un aspetto seppur settoriale della più ampia (e problematica) questione della responsabilità degli *Internet Service Providers* (ISPs). La sentenza *Bolger*, inoltre, offre alcuni spunti di riflessione di carattere più generale sui suoi possibili effetti, non solo in termini di tutela dei consumatori ma anche rispetto alle scelte dei venditori, ivi compresi, e laddove equiparabili, le piattaforme *online*.

*On 13 August 2020, the Court of Appeal of the State of California (Fourth Appellate District, Division One) has affirmed, in Bolger v. Amazon, the strict product liability of the well-known online platform Amazon for the injury caused to the plaintiff by the explosion of the replacement laptop battery that she had bought on Amazon. This essay considers how the conclusions reached by the US judges may be applicable also to the EU legal system, and, consequently, to the legal systems of EU Member States, thus contributing to clarify an aspect of the broader and contentious issue of the responsibility of Internet Service Providers. The Bolger judgment offers the opportunity, as well, to reflect more generally on the possible legal effects of such responsibility, not only in terms of consumer protection, but also with regard to the choices of retailers, including online platforms, where comparable.*

LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DI AMAZON PER DANNI PROVOCATI DA PRODOTTI DIFETTOSI: ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RESPONSABILITÀ DEI MARKETPLACE NEL CASO BOLGER

*Court of Appeal; Fourth Appellate District, Division One, State of California; sentenza 13 agosto 2020*  
commento di Giovanna Capilli

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Il caso *Bolger vs Amazon* e la rilevanza della logistica. – 3. L’esperienza americana della responsabilità del produttore. – 4. Il modello italiano della responsabilità del produttore. – 5. Verso una responsabilità “oggettiva” delle piattaforme di e-commerce (anche per danni provocati da difetto dei prodotti)? – 6. Conclusioni.

Il presente contributo esamina la recente sentenza della Corte californiana sulla responsabilità dei marketplace per i danni da prodotto. L’Autrice esamina il caso effettuando una disamina delle possibili ripercussioni della pronuncia sul sistema europeo della responsabilità del produttore anche alla luce delle direttive sulla vendita del 2019 e al *Digital Service Act*.

*This contribution examines the recent Judgment of the Court of Appeal of the State of California on marketplace liability for product damage. The Author examines the case by conducting an examination of the possible repercussions of the ruling on the European system of producer responsibility also in light of the directives on sales into in force in 2019 and the Digital Service Act.*

### CIVILE

NATURA “PERDURANTE” E TERMINE DI CONTESTAZIONE DISCREZIONALE PER GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

*Corte di Cassazione; sezione II civile; ordinanza 3 settembre 2020, n. 18288*  
commento di Andrea Monti

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. Alcune considerazioni generali. – 3. Osservazioni sulla qualificazione dell’omessa informativa e della mancata raccolta del consenso come “illeciti perduranti” – 4. Decorso del *dies a quo* per la contestazione e diritto di difesa. – 5. Questioni aperte – 6. Conclusioni.

Questo commento analizza due principi di diritto espressi dalla Corte di Cassazione in materia di illeciti amministrativi connessi al trattamento dei dati personali. Il primo è che il mancato conferimento all'interessato delle informazioni obbligatorie richieste dalla legge sulla protezione dei dati è un illecito "perdurante" piuttosto che "istantaneo" e che, pertanto, la condizione di illegalità permane fino alla cessazione del trattamento da parte del Titolare. Il secondo è che il termine per la contestazione della violazione inizia a decorrere dal momento in cui l'autorità termina la sua indagine e non dal momento in cui il Titolare ha commesso l'infrazione. Entrambi sono principi discutibili perché la lettera della legge stabilisce chiaramente che l'obbligo di fornire le informazioni obbligatorie deve essere adempiuto prima dell'inizio del trattamento; pertanto, una volta effettuato il trattamento specifico non è possibile renderlo lecito rispettando a posteriori l'obbligo di informazione preventiva. Per quanto riguarda la questione relativa al decorso del termine per la contestazione, il principio enunciato dalla Corte pregiudica gravemente il diritto ad una ragionevole durata del procedimento e lascia il titolare del trattamento in una condizione di incertezza che ostacola il suo diritto sancito dall'articolo 42 della Costituzione sulla libertà di impresa.

*This comment analyses two principles of law expressed by the Court of Cassation on administrative offences related to the processing of personal data. The first is that failing to provide the data subject with the mandatory information required by the Data Protection Act is a "permanent" rather than an "instantaneous" offence and that, therefore, the condition of illegality remains until the Data Controller ceases the processing. The second is that the term for issuing the fine starts ticking from the moment the authority ends its investigation rather than from the moment the Data Controller infringed the law. Both are questionable principles because the letter of the law clearly states that the duty to provide the mandatory information must be fulfilled before the processing begins; therefore, once the specific processing is performed, it is not possible to make it lawful by abiding ex-post with the duty of preemptive information. By making the deadline to notify the fines uncertain, the principle stated by the Court badly affects the right to a reasonable duration of a process. It leaves the defendant in a condition of uncertainty that hampers its right set forth by Article 42 of the Constitution protecting the freedom of entrepreneurship.*

#### IL RISARCIMENTO DEL DANNO A SEGUITO DELL'ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI: UN NUOVO IMPULSO DAL REG. UE 27 APRILE 2016 N. 679?

*Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 20 agosto 2020, n. 17383*

*commento di Alberto Avitabile*

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. Le questioni giuridiche sollevate dal caso e l'iter argomentativo della Suprema Corte. – 3. Osservazioni alla luce del vigente art. 82 del reg. UE 27 aprile 2016 n. 679. Il bilanciamento di interessi quale nucleo fondante il modello di regolazione.

Il presente contributo analizza un recente arresto della Suprema Corte sui profili di responsabilità derivanti dall'illecito trattamento dei dati personali. Verranno ricostruite le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte e ci si chiederà quale sia l'impatto della vigente normativa sui consolidati principi, elaborati dalla giurisprudenza nazionale, sul risarcimento del danno non patrimoniale.

*The essay deals with a recent Supreme Court decision on some issues of liability arising from unlawful personal data processing. In particular, the essay scrutinises the arguments brought by the Supreme Court while facing the main question: which is the impact of the applicable law in force on the consolidated principles of national case-law in the matter of immaterial damages.*

#### DIRITTO ALL'OBBLIO E DEINDICIZZAZIONE: FONDAMENTI GIURIDICI E RISARCIBILITÀ DEL DANNO

*Corte d'appello di Milano; sezione II civile; 15 maggio 2020, n. 1106*

*commento di Carmen Iorio*

**Sommario:** 1. Il caso. – 2. Diritto all'oblio: fondamenti normativi e sue declinazioni. – 3. Orientamenti giurisprudenziali per la ricerca di un costante bilanciamento di interessi. – 4. Caso in esame: inquadramento della vicenda e fondamento normativo del diritto esercitato. – 5. Decisione sulla domanda risarcitoria. – 6. Note conclusive.

La Corte d'Appello di Milano, nella pronuncia in esame, affrontando il tema del diritto all'oblio, nella sua declinazione di c.d. "diritto alla deindicizzazione", e del relativo diritto al risarcimento del danno a seguito della sua violazione, offre un ottimo spunto di riflessione in ordine al fondamento giuridico del diritto in commento, oggi ampiamente rilevante nel contesto del mondo digitale. Ed infatti, fatto salvo il suo riconoscimento a partire dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, fin dal noto caso "Google Spain", ed oggi consacrato esplicitamente all'art 17 del Regolamento UE 2016/679, il diritto all'oblio rinvia la sua tutela nei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale quanto sovranazionale. Tuttavia la tutela del diritto "ad essere dimenticato" impone un bilanciamento con altrettanti interessi e diritti, di pari rango. Dunque, l'esame della sentenza in commento ha come obiettivo anche quello di comprendere quando e a quali condizioni il diritto all'oblio può ritenersi prevalente e, di conseguenza, la sua violazione giuridicamente rilevante, tanto da riconoscere un diritto al risarcimento del danno.

*The Court of Appeal of Milan, in the ruling in question, addressing the issue of the right to be forgotten, in its so-called declination "Right to de-index", and the related right to compensation for damage following its violation, offers an excellent starting point for reflection on the legal basis of the right in question, now widely relevant in the context of the digital world. And in fact, without prejudice to its recognition starting from the Court of Justice of the European Union, since the well-known "Google Spain" case, and today explicitly consecrated to Article 17 of EU Regulation 2016/679, the right to be forgotten its protection in the fundamental principles of the national and supranational order. However, the protection of the right "to be forgotten" requires a balance with as many interests and rights, of equal ranking. Therefore, the examination of the judgement in question also aims to understand when and under what conditions the right to be forgotten can be considered prevalent and, consequently, its legally relevant violation, so as to recognize a right to compensation for damage.*

## LA NULLITÀ DEL CONTRATTO NELLA PARTICOLARE IPOTESI DELLE SCOMMESSE A EVENTO CONCLUSO, C.D. "A PALINSESTO APERTO"

Tribunale di Palermo; sezione III; sentenza 5 agosto 2020, n. 2509

commento di Giuseppe Cassano

**Sommario:** 1. L'intervento del Tribunale di Palermo. - 2. Scommesse a "palinsesto aperto". - 3. Raccolta a distanza delle scommesse. - 4. Contratto aleatorio. - 5. Contratto di scommessa. - 6. Gioco on line. - 7. La posizione della giurisprudenza di merito. - 8. Il piano delle conseguenze. - 9. Condanna alle spese e lite temeraria.

Il presente contributo affronta l'innovativo settore del gioco on line avuto particolare riguardo alla fattispecie del contratto di scommessa a "palinsesto aperto" e alle numerose conseguenze pratico-operative da questa poste all'attenzione dell'interprete. Nel raffrontare detti argomenti con tematiche più tradizionali (quali la nullità del contratto e il contratto aleatorio secondo le disposizioni del codice civile) l'Autore analizza la decisione in commento ponendo l'accento sulla fase patologica del contratto di scommessa on line, anche avuto riguardo alla normativa di settore. Il filo conduttore dell'argomentare è dato dalle conseguenze civilistiche con alcune interessanti riflessioni di ordine processuale.

*This contribution addresses the innovative online gaming sector with particular regard to the case of the "open schedule" betting contract and the numerous practical-operational consequences that this brings to the attention of the interpreter. In comparing these arguments with more traditional issues (such as the nullity of the contract and the random contract according to the provisions of the civil code), the Author analyzes the decision in question, emphasizing the pathological phase of the online betting contract, also having regard to the sector regulations. The main theme of the argument is given by the civil consequences with some interesting reflections of a procedural nature.*

## I SOCIAL NETWORK E IL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEI (GRANDI) MINORI

Tribunale di Chieti; rito civile collegiale; sentenza 21 luglio 2020, n. 403

commento di Simona Ghionzoli

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Adulti e minori. Analisi dei dati sui cd. nativi digitali e migranti digitali. - 3. Minori, grandi minori e responsabilità dei genitori. Presenza o assenza educativa? - 4. Il diritto all'ascolto del minore e il discernimento. - 5. I minori e la privacy. Il Codice della privacy e il reg. UE / 2016 / 679 / GDPR. Cenni sul cd. cyberbullismo.

Se è vero che come accade nella realtà off line anche all'web e al digitale sono da ascrivere componenti materiali oltre che immateriali, i Giudici del Tribunale di Chieti sembrano non preoccuparsi dei concreti effetti e dei profili risarcitori, che secondo i luoghi comuni possono dipendere da condotte più o meno prudenti nella rete. Quest'ultimi sono piuttosto più attenti al diritto all'ascolto dei figli che si avvicinano alla maggiore età, i cd. grandi minori, ritenuti idonei a gestire la propria immagine sui social network e dunque deputati ad autorizzare i genitori all'uso e alla pubblicazione delle immagini che li riguardano. Il parere del (grande) minore è, pertanto, obbligatorio e vincolante, anche quando in gioco ci sono valori afferenti alla privacy e alla proiezione della propria immagine on line.

*If it is true that, as happens in offline reality, material as well as immaterial components must also be recognized for the web and digital, the Judges of the Court of Chieti do not seem to be concerned about the material effects and compensation profiles, which according to clichés, may depend on, more or less prudent conduct on the web. Rather the judges seem concerned with the right of children who are approaching the age of majority, the so-called "grandi-minori" to be heard. These children are deemed suitable to manage their own image on social networks and therefore empowered to authorize parents on how to use and publish images concerning them. The opinion of the "grandi-minori" is, therefore, mandatory and binding, even when at stake there are values relating to privacy, identity and the projection of one's image online.*

## SULL'EFFICACIA PROBATORIA DELLA POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA (PEC). UN FALSO MITO?

Tribunale di Roma; sezione III lavoro; sentenza 18 giugno 2020

commento di Sara Garsia e Vincenzo Giunta

**Sommario:** 1. Il caso. - 2. I servizi elettronici di recapito certificato - Il quadro normativo europeo. - 3. La posta elettronica certificata (PEC). - 3.1. Premesse. - 3.2. Il diritto nazionale e i rapporti con la normativa europea. - 3.3. Il domicilio digitale e gli elenchi pubblici di fiducia. Fattori esogeni in grado di colmare le carenze della disciplina della PEC? - 3.4. La validazione temporale semplice della trasmissione dei dati a mezzo PEC. - 4. L'efficacia probatoria della posta elettronica certificata. - 4.1. Il disconoscimento della ricevuta di avvenuta consegna. - 5. Conclusioni.

L'efficacia probatoria della ricevuta di avvenuta consegna della PEC, identificata dalla giurisprudenza costante come prova dell'effettiva consegna del messaggio al destinatario, non dipende dai caratteri intrinseci del servizio di PEC che, invero, costituisce un mero "servizio elettronico di recapito certificato" non qualificato (art. 43 Reg. eIDAS), ma è affidata all'intervento di fattori esogeni, quali gli elenchi pubblici di fiducia, in grado di garantire, con un elevato livello di sicurezza, la riferibilità dell'indirizzo PEC al suo titolare, persona fisica o persona giuridica.

*According to the established case-law, the PEC delivery receipt proves the actual delivery of the message to the recipient. However, such probative value does not depend on its intrinsic characters, since the PEC is not a qualified electronic registered delivery services (art. 43 Reg. eIDAS); in fact the PEC legal effect results from external factors such as public trust lists able to guarantee, with a high level of confidence, the traceability of the PEC address to its holder, who can be a natural person or a legal person.*

## LE COLONNE D'ERCOLE DEL DIRITTO ALL'ONORE: RIMOZIONE GLOBALE VS. BLOCCO GEOGRAFICO PANEUROPEO DI POST DIFFAMATORI SU FACEBOOK

Tribunale di Milano; sezione prima civile; ordinanza 17 giugno 2020

commento di Marcello Stella

**Sommario:** 1. Diffamazione tramite *social network*, rimedi esperibili e loro infungibilità stante il principio della domanda. – 2. Sul potere dell'a.g.o. di auto-delimitare l'efficacia dei propri provvedimenti: critica. – 3. Il terreno elettivo del rimedio della disabilitazione dell'accesso alle informazioni.

Adito con una domanda cautelare *ante causam* volta alla rimozione di contenuti diffamatori pubblicati da un utente su vari *social networks*, il Tribunale di Milano si è misurato con le tipologie e la diversa estensione territoriale dei rimedi esperibili nei confronti dei *providers* in base al diritto europeo, segnatamente la c.d. Direttiva *E-commerce*. All'esito del primo grado cautelare, ai *providers* resistenti fu ordinato di rimuovere senz'altro i contenuti individuati dal ricorrente, con effetto pratico derivante dalla attuazione dell'ordine giudiziale giocoforza ubiquo e globale. In parziale accoglimento del reclamo dei *providers*, il collegio meneghino ha invece ritenuto di dover rimodulare l'ordine inibitorio, intimando ai *providers* la mera disabilitazione dell'accesso ai medesimi contenuti e limitatamente agli utenti connessi dal territorio degli Stati membri della UE (Regno Unito incluso). E tanto alla insegna di una presunta incompatibilità di un ordine giudiziale di rimozione "globale" di commenti, pur delibatamente ritenuti diffamatori, con il possibile diverso bilanciamento tra diritti della personalità e libertà di manifestazione del pensiero operato a latitudini giuridiche diverse da quelle europeo-continentali. Tra le questioni di teoria generale del processo che la ordinanza agita, oltre a quella inerente il rispetto del principio della domanda, centrale è quella relativa alla stessa esistenza di un potere(dovere) del giudice di auto-delimitare geograficamente la efficacia dei propri provvedimenti.

*Seized with an interim claim for global removal of defamatory content uploaded by a user on several social networks, the Court of Milan faced the issues regarding the type and the different territorial scope of the remedies available against the service provider pursuant to EU law, namely the E-commerce Directive. In the first degree of the interim procedure, the defendant providers were ordered to take down every defamatory content: the practical effects of compliance with such order would have been global. On appeal, the provisional order was partially set aside and amended, as the Tribunal in full composition reasoned that instead of a global removal a mere disabling of access to the contents, by the same Court found to be defamatory, by users connecting from EU Member States (United Kingdom included), would suffice. The Court considered that in other legal systems outside continental Europe the balance between personality rights and freedom of free speech and expression might be different and lead to different outcomes. The annotated order draws on several questions of general theory of process, including the violation of the principle of party disposition. Above all, the one concerning the very existence of an alleged duty of judicial self-restraint, and thus a power of courts to put territorial boundaries to the effects of their own mandatory orders, albeit provisional.*

## PENALE

## LA VIOLENZA SESSUALE VIA WHATS APP

Corte di Cassazione; sezione III penale; sentenza 8 settembre 2020, n. 25266

commento di Lorenzo Picotti

**Sommario:** 1. La configurabilità degli atti sessuali anche in assenza di contatto fisico con la vittima. – 2. L'offesa del bene giuridico e la tipicità del fatto di reato. – 3. La struttura oggettiva del fatto tipico: relazione interpersonale di natura sessuale e momento consumativo del delitto - 4. Riflessioni conclusive.

Nell'adeguamento necessario dell'interpretazione evolutiva delle norme penali al costante e sempre più rapido sviluppo tecnologico e sociale, caratterizzato dai nuovi e pervasivi modi di comunicazione a distanza nel c.d. *Cyberspace*, la sentenza in oggetto rappresenta un passaggio paradigmatico, in quanto la Corte di Cassazione giunge ad espandere il significato della nozione di "atti sessuali" fino al limite dell'analogia *in malam partem*. Infatti la applica non solo a rapporti in cui non si è avuto alcun contatto fisico fra autore e vittima, come già in molte altre occasioni la giurisprudenza aveva affermato, ma anche ad un'ipotesi in cui né l'autore, né la vittima hanno compiuto atti materiali di natura sessuale su se stessi o su terzi, essendo state oggetto di scambi via *whats app* soltanto immagini e messaggi di contenuto erotico, anche di parti erogene dei propri corpi, in un contesto peraltro di coercizione della persona offesa minorenne determinato dalle minacce dell'agente. La motivazione ha quindi fatto leva sull'offesa che si sarebbe comunque compiutamente realizzata del bene giuridico della libertà sessuale della vittima minorenne, ed in specie del suo diritto ad uno sviluppo libero ed equilibrato in questa delicata sfera della persona, di cui è stata coinvolta la corporeità, per ravvisarvi una violenza sessuale aggravata e consumata.

*In the necessary adaptation of the evolutionary interpretation of criminal law to the constant and increasingly rapid technological and social development, characterized by the new and pervasive ways of remote communication in the so-called Cyberspace, the ruling in question represents a paradigmatic step ahead, as the Court of Cassation has expanded the notion of "sexual acts" up to the limit of analogy in malam partem. In fact, it applies it not only to relationships in which there was no physical contact between perpetrator and victim, as already on many other occasions the jurisprudence had stated, but also to a case in which neither the author nor the victim made material acts of a sexual nature on oneself or on third parties, having been exchanged via whats app only images and messages of erotic content, also of erogenous parts of one's own bodies, but in a context of coercion of the offended minor determined by the threats of agent. The motivation therefore relied on the offense that would have been fully realized of the legal good of the sexual freedom of the minor victim, and in particular of his right to a free and balanced development in this delicate sphere of the person, whose corporeality has been involved, to recognize aggravated sexual violence.*

LA NATURA (IR) RIPETIBILE DELL'ATTIVITÀ D'INDAGINE SUL REPERTO DIGITALE  
 Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 23 luglio 2020, n. 22066  
 commento di Vincenzo Gramuglia

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Contraddittorio tecnico e indagini informatiche: l'approccio interpretativo della Corte di cassazione. – 4. Acquisizione della *digital evidence* e rischio di alterazione del dato informatico. – 4.1 Assenza di preavviso al difensore e regime di invalidità. – 5. Mancata adozione delle *best practices* e inversione dell'onere probatorio. – 6. Riflessioni su un'auspicabile "inversione di rotta".

La Corte di cassazione torna ad occuparsi della controversa questione afferente al rapporto tra attività di indagine sulla *digital evidence* e garanzie partecipative di cui all'art. 360 c.p.p. La natura "volatile" ed intrinsecamente alterabile del reperto digitale impone di riflettere più a fondo sulla qualificazione giuridica del momento cd. "acquisitivo", al fine di verificare in quali casi l'apertura di uno spazio di contraddittorio "anticipato" possa assolvere alla sua funzione di garanzia senza compromettere le esigenze cognitive insite nel compimento dell'indagine informatica.

*The Court of Cassation is once more concerned with the controversial issue relating to the relationship between investigation activities on digital evidence and participatory guarantees referred to in art. 360 c.p.p. The "volatile" nature and intrinsically alterability of the digital evidence requires us to examine more deeply the legal qualification of the "acquisitive" moment, in order to verify in which cases the opening of an "anticipated" cross-examination space can fulfill its guarantee function without affecting the cognitive needs inherent in cyber investigations.*

PROFILI PENALI DELLA CREAZIONE DI UN FALSO PROFILO FACEBOOK A SCOPO DIFFAMATORIO  
 Corte di Cassazione; sezione V penale; sentenza 23 luglio 2020, n. 22049  
 commento di Chiara Crescioli

**Sommario:** 1. Il caso sottoposto all'esame della Corte. – 2. La configurabilità del reato di sostituzione di persona in caso di utilizzo di un'immagine caricaturale. – 3. La sussistenza del delitto di diffamazione aggravato dal "mezzo di pubblicità". – 4. Brevi riflessioni conclusive: la non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Con la sentenza in oggetto la Corte di Cassazione si è occupata nuovamente del fenomeno della creazione di falsi profili Facebook da utilizzare per diffamare altri utenti, affermando che tale comportamento integra gli estremi dei reati di sostituzione di persona e di diffamazione aggravata dal "mezzo della pubblicità". La peculiarità del caso in esame, però, consiste nel fatto che per l'apertura dei profili l'imputato non si è servito di una fotografia, bensì di un'immagine caricaturale. Nel presente contributo, dunque, si intende verificare se tale condotta possa comunque essere considerata una "sostituzione illegittima della propria all'altrui persona" e quindi essere ricompresa tra quelle sanzionate dall'art. 494 c.p. Con riferimento al reato di diffamazione, invece, si deve esaminare se la bacheca Facebook vada in ogni caso considerata come "mezzo di pubblicità", a prescindere dalle opzioni di *privacy* eventualmente scelte per limitare la visualizzazione e la condivisione solo ad utenti previamente selezionati. L'ultimo profilo esaminato, infine, riguarda il mancato riconoscimento della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., negata in ragione della "persistenza della condotta criminosa per oltre un mese".

*In this judgement the Court of Cassation has once again dealt with the phenomenon of the creation of fake Facebook profiles to be used to defame other people, behaviour that is considered as illicit impersonation and aggravated defamation by the "medium of publicity" offences. The particularity of this case is that when the defendant opened the fake profiles it did not use a real photograph, but a caricature image. Therefore, in this contribution it is examined whether such behaviour can be considered an "illegitimate impersonation of another person" and therefore be punished by art. 494 c.p. Conversely, referring to the crime of defamation, it is analysed whether Facebook wall can in any case be considered as a "publicity medium", regardless of the privacy tools chosen to limit viewing and sharing only to previously selected users. The last profile examined concerns the non-recognition of the non-punishability cause provided by art. 131-bis c.p., denied because of the "persistence of criminal conduct for more than a month".*

IL REATO DI FRODE INFORMATICA ED IL RAPPORTO CON L'ART. 55, COMMA 9, DEL D.LGS. N. 231 DEL 2007.  
 DALL'ANAMNESI AGLI ELEMENTI DISCRETIVI, ALLA LUCE DEL RAPPORTO DI SPECIALITÀ  
 Corte di Cassazione; sezione II penale; sentenza 1° luglio 2020, n. 21831  
 commento di Concetta Guerra e Pasquale D'Anello

**Sommario:** 1. L'ordine della *quaestio*. – 2. Il reato di frode informatica. – 3. Il delitto di indebito utilizzo di carte di credito. – 4. Il principio di specialità tra le due norme incriminatrici.

Il presente contributo ha ad oggetto il delicato e complesso rapporto intercorrente tra il reato di frode informatica, disciplinato dall'art. 640 *ter* c.p. ed il delitto di cui al D.Lgs. n. 231 del 2007, art. 55, comma 9, (oggi sostituito dall'art. 493 *ter*) i profili costitutivi delle due fattispecie di reato, ma più in particolare, gli elementi discretivi e l'anamnesi relativa alla sussistenza dell'una, in luogo dell'altra, alla luce del più volte invocato principio di specialità.

*This contribution concerns the delicate and articulated relationship between the cybercrime of computer fraud, which is governed by art. 640 *ter* p.c. and crimes referred to in Legislative Decree no. 231 of 2007, art. 55, paragraph 9, and the constitutive profiles of both crimes. Specifically, it deepens discrete elements between the two and makes the anamnesis on the existence of one in place of the other, at the light of the Specialty Principle repeatedly mentioned above.*

## L'UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI DEI RISULTATI DI INTERCETTAZIONI ESEGUITE MEDIANTE CAPTATORE INFORMATICO TRA SEZIONI UNITE E NOVELLE

*Corte di Cassazione; sezione VI penale; sentenza 22 maggio 2020, n. 15724*

commento di Biagio Monzillo

**Sommario:** 1. Una prima applicazione della sentenza delle Sezioni unite n. 51 del 2020. – 2. La riforma dell'art. 270, co. 1, cod. proc. pen. alla prova della sentenza n. 51 del 2020. – 3. Il nuovo co. 1-bis dell'art. 270 cod. proc. pen. – 4. Dubbi di costituzionalità e possibili soluzioni interpretative.

La Sesta sezione penale della Corte di cassazione ha applicato il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite nella sentenza n. 51 del 2020 per affermare l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni effettuate anche con l'impiego di un captatore informatico. La decisione offre l'occasione per alcune riflessioni sulla riforma dell'art. 270 cod. proc. pen. in materia di utilizzazione delle risultanze di captazione eseguite in altri procedimenti.

*The Sixth Criminal Chamber of the Court of Cassation has applied the principle of law set out by the United Sections in the judgment no. 51 of 2020 to establish the unusability of evidence obtained through electronic surveillance carried out also by using a malware. The decision offers the opportunity for some reflections on the reform of Article 270 of the Italian Penal Code on the use of the results of interception carried out in other proceedings.*

## AMMINISTRATIVA

## MALFUNZIONAMENTI DELLE PIATTAFORME TELEMATICHE DI NEGOZIAZIONE: RIMEDI E RESPONSABILITÀ

*Consiglio di Stato; sezione III; sentenza 29 luglio 2020, n. 4811*

commento di Elio Guarnaccia

**Sommario:** 1. L'obbligo di utilizzo di strumenti informatici nelle procedure di affidamento di appalti pubblici. – 2. Le piattaforme telematiche di negoziazione ex art. 58 del Codice dei contratti pubblici. – 3. Malfunzionamenti delle piattaforme telematiche: l'evoluzione giurisprudenziale. – 4. Il principio dell'equa ripartizione del rischio tra stazione appaltante ed operatore partecipante alla gara. – 5. Modalità di comunicazione della proroga del termine di partecipazione ai sensi dell'art. 79 comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016. – 6. La consacrazione delle comunicazioni telematiche tramite PEC nelle procedure di gara.

Il presente contributo prende in esame una delle più recenti, nonché maggiormente significative, pronunce in tema di malfunzionamento delle piattaforme di negoziazione, previste dall'art. 58 del Codice dei contratti pubblici per lo svolgimento in modalità interamente telematica delle gare pubbliche d'appalto. Dopo l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sull'argomento, con particolare riferimento al principio di equa ripartizione del rischio tra amministrazione e impresa partecipante alla gara, l'Autore evidenzia le questioni affrontate dal Consiglio di Stato, ovvero, la tipologia di malfunzionamento occorsa, le modalità di pubblicazione dell'avviso di proroga dei termini di gara, nonché il sempre più diffuso uso generalizzato della PEC come strumento di comunicazione durante lo svolgimento della gara.

*The essay focuses on one of the most recent, as well as the most significant, judgements on the issue of malfunctioning of public trading platforms, as per art. 58 of the Code of public contracts for the conduct of public tenders fully by electronic means. After the analysis of the jurisprudential evolution on this subject, with particular reference to the principle of fair risk sharing between the administration and the company participating in the tender, the Author highlights the issues addressed by the Italian Council of State, including the kind of malfunction that occurred, the publication methods of the notice of extension of the tender deadlines, as well as the increasingly widespread use of the PEC as a communication tool during the public tender.*

## DINAMICA PROCEDIMENTALE E STRUMENTI DELLE GARE DI APPALTO TELEMATICHE

*Consiglio di Stato; sezione III; sentenza 28 luglio 2020, n. 4795*

commento di Andrea Sterlichio De Carli

**Sommario:** 1. Il caso di specie. – 2. Omessa apposizione della marcatura temporale, ragionevolezza della *lex specialis* e disciplina dell'errore scusabile. – 3. Il sistema della gara telematica. – 4. I vantaggi della gestione telematica delle gare di appalto nella giurisprudenza.

Il presente contributo esamina una fattispecie relativa all'indizione di una gara pubblica gestita attraverso una piattaforma di *e-procurement* e con modalità di redazione e trasmissione della documentazione esclusivamente telematiche, mediante i sistemi della marcatura temporale certificata e della firma digitale. La sentenza in commento conclude per la piena legittimità della procedura e, nel respingere il ricorso, ripercorre brevemente la disciplina delle gare telematiche evidenziandone in particolare le caratteristiche che depongono in favore dello strumento digitale, consolidando l'orientamento giurisprudenziale che, a più riprese, ha espresso apertamente il netto *favor* ordinamentale per lo strumento telematico, ritenuto idoneo ad assicurare il rispetto dei canoni di economicità, efficienza, trasparenza e massima partecipazione degli operatori economici interessati e per ciò qualificato come *best practice* del settore.

*The essay examines a case concerning a public tender managed through an e-procurement platform and with telematic form of writing and transmission of documentation, through the systems of certified timestamp and digital signature. The commented decision concludes for the full legitimacy of the procedure and, in rejecting the appeal, briefly retraces the discipline of the telematic tenders highlighting, in particular, the characteristics that lay in*

*favor of the digital instrument, consolidating the jurisprudential case-law that, on several occasions, has openly expressed the preference for the telematic instrument, considered more suitable to ensure compliance with the canons of cost-effectiveness, efficiency, transparency and maximum participation of economic operators concerned, and for this qualified as best practice in the sector.*

## ■ PRASSI

---

### DIFFUSIONE COVID-19: IL TRADE-OFF TRA CONTACT TRACING E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEGLI INDIVIDUI

*di Alessia del Pizzo e Fabrizio Corona*

---

**Sommario:** 1. Le ICT nei processi di contenimento del virus SARS-CoV-2. – 2. Dal *Contact tracing* manuale al digitale: quali problemi per la privacy. – 3. La scelta italiana: app Immuni. – 4. Profili tecnico-giuridici di Immuni. – 5. Conclusioni.

Nell'articolo si analizza la strategia messa in atto dal Governo per contrastare e contenere la diffusione del contagio da covid-19, focalizzando l'attenzione sull'implementazione di soluzioni c.d. di *contact tracing*, particolarmente invasive in termini di privacy degli individui. Nel corso del lavoro, si offrirà una panoramica delle varie iniziative intraprese, basate sull'analisi di big data e tecnologie ICT, allo scopo di tracciare gli spostamenti e ridurre la catena dei contagi. Inoltre, partendo dalle recenti considerazioni del Garante per la protezione dei dati personali e dal comitato europeo per la protezione dei dati personali, saranno fornite soluzioni atte a conciliare i diversi interessi in gioco, salute e protezione dei dati.

*The article analyzes the strategy implemented by the Government to counter and contain the covid-19. In the course of the work, it will be offered an overview of the various initiatives undertaken, based on the analysis of big data and ICT technologies, in order to track the movements and reduce the chain of infection. Starting from the recent considerations of the Data Protection Supervisor and the European Data Protection Board, solutions will be provided to balance the different interests at stake, health and data protection.*

### L'ACCERTAMENTO DEI REATI ATTRAVERSO L'ANALISI DI TABULATI TELEFONICI

*di Donato Eugenio Caccavella e Michele Ferrazzano*

---

**Sommario:** 1. Sugli obblighi di conservazione dei dati di traffico in capo ai provider. – 2. Alcune nozioni sul sistema di funzionamento dei dispositivi di telefonia mobile. – 3. Metodologia per una corretta geolocalizzazione di un dispositivo di telefonia mobile. – 3.1. A proposito dell'ampiezza dell'area di copertura di una BTS. – 3.2. Handover di salvataggio e schermatura. – 4. I possibili risvolti giuridici della geolocalizzazione. – 5. Una proposta di metodo per la corretta geolocalizzazione di un dispositivo di telefonia mobile. – 6. Il caso "Giulietta" e "Romeo".

La geolocalizzazione di dispositivi di telefonia mobile attraverso l'esame dei tabulati telefonici sta acquisendo un rilievo crescente nelle attività di indagine sebbene spesso le metodologie utilizzate non siano corrette. Introdotti gli elementi tecnici di base, essenziali per comprendere i meccanismi di geo-localizzazione di un dispositivo di telefonia mobile (GSM), il presente elaborato illustra alcune metodologie per eseguire la geo-localizzazione di un dispositivo di telefonia mobile partendo dall'analisi dei tabulati telefonici, con richiamo a un procedimento penale reale – anonimizzato – nel quale è stata dimostrata l'infondatezza dell'accusa minando l'attendibilità del procedimento metodologico alla base.

*The geolocation of mobile phone devices through the examination of telephone records is gaining increasing importance in investigative activities although the methodologies used are often incorrect. Introduced the basic technical elements, essential for understanding the geolocation mechanisms of a mobile telephony device (GSM), this paper illustrates some methods for performing the geolocation of a mobile phone device starting from the analysis of the printouts by telephone, with reference to a real – obviously anonymized – criminal case in which the accusation was proven unfounded by undermining the reliability of the underlying methodological procedure.*