

CRIMINAL LAW IN THE DIGITAL ERA
ISSUES CONCERNING CRIME THROUGH THE MULTIMEDIA

Candidate: Dott. Mattia Romano

Tutor: Prof. Avv. Andrea Chelo

Co-tutor: Prof.ssa Alketa Elezi

Keywords: *Crime; Criminal Law; Multimedia; Digital Era.*

Abstract: *This research aims to analyse the issues of major interest and importance in the field of crimes committed through the media. First of all, the thesis seeks to clarify the role of law in the digital age and then analyses the legislation that rules the various types of media most used today. After this survey, the Author goes deeper and analyses crimes against honour, privacy and copyright, trying to identify the most recurring and relevant problems related to the peculiarities of communication tools, guessing some possible solutions compatible with the constitutional system and with the principles in force in criminal matters.*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
e|CAMPUS
TELEMATICA - DM 30 - 01 - 2006

CORSO DI DOTTORATO IN MEDIUM E MEDIALITÀ

XXXVI CICLO

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Lucia Bertolini

**IL DIRITTO PENALE NELL'ERA DIGITALE
QUESTIONI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI CRIMINALITÀ
MULTIMEDIALE**

IUS/17

Dottorandi:

Dott. *Mattia Romano*

Matr. 008250038

Tutor:

Chiar.mo Prof. **ANDREA CHELO**

Co-tutor:

Chiar.ma Prof.ssa **ALKETA ELEZI**

ESAME FINALE A.A. 2023-2024

IL DIRITTO PENALE NELL'ERA DIGITALE
QUESTIONI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI CRIMINALITÀ
MULTIMEDIALE

SOMMARIO

INTRODUZIONE	5
Capitolo I	16
IL RUOLO DEL DIRITTO NELL'ERA DIGITALE	16
1. Il diritto nell'era digitale	17
1.1 Ubi societas ibi ius	17
1.2 Informatica giuridica e diritto dell'informatica	19
1.3 I concetti di medium e di era digitale	21
2. La regolamentazione del mondo multimediale	23
2.1 La tutela costituzionale della comunicazione	23
2.1.1 La tutela costituzionale della comunicazione fra individui.....	23
2.1.2 La tutela costituzionale della comunicazione di massa	27
2.2 La L. 47/1948 e la regolamentazione della stampa	30
2.3 Media audiovisivi e televisione: una prima rivoluzione	32
2.4 La vera rivoluzione copernicana della multimedialità: la diffusione del world wide web 37	
2.4.1 Un primo intervento organico: la L. 547/1993	42
2.4.2 La Convenzione di Budapest e la Legge di ratifica 48/2008.....	43
2.4.3 Gli interventi legislativi dell'Unione Europea in materia di Cybercrime.....	47
2.4.4 Il D.P.C.M. 131/2020 sul perimetro di sicurezza cibernetica nazionale	50
2.4.5 Il Regolamento 2065/2022 - "Digital Services Act"	51
3. L'importanza di un quadro d'insieme	53
Capitolo II	54
IL DIRITTO PENALE E I MEZZI DI COMUNICAZIONE: LA TUTELA DELL'ONORE, DELLE OPERE D'INGEGNO E DELLA PRIVACY NELL'ERA DEI MASS MEDIA	54
1. Il diritto penale nel mondo dei media: dalla radio-televisione ai social network	55
2. I delitti contro l'onore nell'era multimediale	56
2.1 Il delitto di diffamazione	56

2.2	<i>La diffamazione a mezzo stampa</i>	60
2.2.1	<i>La Sentenza C. Cost. 150/2021</i>	63
2.2.2	<i>L'esimente del diritto di cronaca</i>	67
2.2.3	<i>L'esimente del diritto di critica</i>	70
2.2.4	<i>La causa di non punibilità ex art. 68 Cost.</i>	74
2.2.5	<i>L'art. 57 c.p. e la responsabilità del direttore del periodico</i>	76
2.3	<i>La diffamazione a mezzo radio-televisione</i>	81
2.3.1	<i>La responsabilità del conduttore per la diffamazione commessa dal soggetto intervistato</i>	84
2.4	<i>La diffamazione online e a mezzo social network</i>	86
2.4.1	<i>Sull'applicabilità della normativa in materia di stampa, editoria e radio televisione alle pubblicazioni online</i>	91
2.4.2	<i>L'applicabilità della disciplina di cui all'art. 57 c.p. alle testate giornalistiche telematiche</i>	95
2.4.3	<i>La responsabilità penale dei providers</i>	100
2.4.4	<i>La responsabilità penale del blogger e del moderatore di forum</i>	107
2.4.5	<i>La diffamazione come reato permanente e il caso Facebook vs. SnaiTech</i>	114
3.	<i>Le violazioni del diritto d'autore</i>	116
3.1.	<i>Le peculiarità del diritto d'autore nell'era digitale</i>	117
3.2.	<i>Cenni sull'evoluzione del quadro normativo italiano in materia di diritto d'autore e sugli elementi caratterizzanti la legislazione in esame</i>	119
3.3.	<i>Le principali fattispecie di reato previste dalla Legge sul diritto d'autore</i>	127
3.3.1.	<i>La fattispecie di cui all'art. 171 della Legge sul diritto d'Autore: le scelte semantiche del Legislatore e l'attività ermeneutica degli interpreti</i>	128
3.3.2.	<i>La fattispecie di cui all'art. 171-bis della Legge sul diritto d'Autore</i>	130
3.3.2.1	<i>Il perimetro applicativo della fattispecie ex art. 171-bis co.1 e il rispetto dei principi di tassatività e divieto di analogia</i>	130
3.3.2.2	<i>La fattispecie di cui all'art. 171-bis co.2 e la tutela penale delle banche dati</i>	141
3.3.3	<i>Il perimetro applicativo dell'art. 171-ter della Legge sul diritto d'autore e i suoi rapporti con l'art. 171 l.d.a.</i>	145
3.4.	<i>La responsabilità omissiva degli I.S.P. nelle fattispecie in materia di diritto d'autore</i> ..	154
4.	<i>Questioni penalistiche in materia di trattamento di dati personali</i>	161
4.1.	<i>Il nuovo apparato normativo a tutela del diritto alla riservatezza</i>	161
4.2.	<i>Le fattispecie di reato introdotte dal D.Lgs. 51/2018 in materia di trattamento di dati in materia di giustizia penale e polizia</i>	163
4.2.2.	<i>Il trattamento illecito di dati</i>	163
4.2.3.	<i>Falsità in atti e dichiarazioni al Garante</i>	164
4.2.4.	<i>Inosservanza di provvedimenti del Garante</i>	164

4.3. Le principali fattispecie di reato in materia di dati personali	165
4.3.1. Il trattamento illecito di dati	167
4.3.2. Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala	168
4.3.3. Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala .	171
4.3.4. Gli artt. 168 e 170 del Codice della privacy	172
4.4. La responsabilità penale omissiva degli I.S.P. nelle fattispecie in materia di protezione dei dati personali	173
Capitolo III	180
QUESTIONI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI REATI COMMESSI A MEZZO MEDIA E POSSIBILI SOLUZIONI	180
1. Questioni problematiche in materia di reati commessi a mezzo <i>media</i>	181
2. Chiose sui profili critici dell'attività legislativa in materia di diritto di <i>internet</i> e dei multimedia	182
2.1. <i>Il lessico proprio della legislazione penale</i>	183
2.2. <i>L'importanza dell'utilizzo di un lessico tecnico nell'attività normativa relativa ai reati commessi a mezzo media</i>	186
2.3. <i>L'importanza di un apparato di norme definitorie</i>	189
3. Questioni problematiche in materia di responsabilità omissive degli I.S.P.	190
3.1. <i>Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia: il punto di vista della dottrina</i>	191
3.2. <i>Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia: il punto di vista della giurisprudenza</i>	195
3.3. <i>Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia de iure condito: il punto di vista dell'autore</i>	197
3.3.1 <i>Gli obblighi giuridici dell'ISP</i>	198
3.3.2. <i>Riflessioni in merito ad un possibile concorso omissivo dell'ISP nel reato dell'utente in caso di mala gestio della segnalazione, omessa denuncia o mancata rimozione del contenuto.</i>	200
4. Analisi comparatistica delle discipline in materia di responsabilità dei <i>providers</i> per la diffusione di contenuti illeciti.	208
4.1. <i>Cenni sull'esperienza statunitense in materia di responsabilità degli ISP</i>	208
4.2. <i>Brevi cenni sulla legislazione tedesca in materia di responsabilità degli ISP</i>	211
4.3. <i>La legislazione in materia di media audiovisivi e pubblicazioni online nella Repubblica d'Albania</i>	214
4.3.1. <i>Sull'attualità e sulla rilevanza di un'analisi delle proposte d'emendamento della legislazione albanese in materia di reati commessi a mezzo media online</i>	216
4.3.2. <i>L'ambito di applicazione della Legge n. 97/2013 e successive modifiche</i>	218
4.3.3. <i>I doveri degli EPSP alla luce della possibile riforma della legislazione albanese.</i>	220

4.3.4. <i>le misure volte al contrasto delle attività illecite degli EPSP</i>	222
4.3.5. <i>Chiose finali sulla disciplina d'oltre Adriatico</i>	224
5. Prospettive <i>de lege ferenda</i>: verso una compiuta regolamentazione delle responsabilità penali correlate alle propalazioni a mezzo <i>media</i>	224
5.1 <i>La responsabilità omissiva degli ISP: la prospettiva dell'Autore in un'ottica de lege ferenda</i> 230	
5.1.1. <i>Sull'ipotizzabilità di una responsabilità omissiva impropria degli ISP</i>	230
5.1.2. <i>Responsabilità omissiva propria degli ISP ex artt. 388 o 650 c.p.: possibile soluzione all'inerzia del legislatore?</i>	233
5.1.3. <i>Per una responsabilità omissiva propria degli ISP: la mala gestio delle segnalazioni e la sciente violazione dell'obbligo di take down</i>	236
CONCLUSIONI	245
BIBLIOGRAFIA	254

INTRODUZIONE

Il presente elaborato è il frutto di un lungo lavoro di studio e ricerca afferente a tematiche di estrema attualità e di elevatissimo interesse tanto accademico quanto pratico.

È, infatti, innegabile che nell'era digitale, la trasformazione profonda dei mezzi di comunicazione e della società nel suo complesso abbia portato con sé una serie di sfide senza precedenti, anche nel campo del diritto penale.

Nel percorso di ricerca ci si è proposti di esplorare e analizzare a fondo le questioni problematiche di maggior rilievo legate alla criminalità multimediale, concentrandosi sul ruolo cruciale che il diritto penale svolge in questo contesto in continua evoluzione e sui possibili spunti che la ricerca accademica può fornire in un'ottica *de iure condendo*.

D'altra parte, il Legislatore d'oggi si trova costantemente a dover ipotizzare delle nuove normative volte a colmare ogni possibile vuoto di tutela determinato dall'evoluzione tecnologica e dei *media* cui assistiamo in quest'epoca in cui tutto muta a velocità esponenziali, sicché il ruolo propulsivo dello studio accademico della materia *de qua* si rivela del tutto imprescindibile.

Basti pensare che appena una decina d'anni fa, al *quisque de populo* avrebbe fatto sorridere anche solo l'idea dell'utilizzo quotidiano e diffuso delle "intelligenze artificiali" e, invece, al giorno d'oggi siamo circondati da assistenti virtuali – fra cui *Siri*, *Alexa*, *Google Home* e l'innovativa *chat GPT* – le cui capacità incrementano giorno dopo giorno.

Ne consegue che sovente può accadere che i consociati si avvalgano di tali nuovi precipitati tecnologici per commettere delle condotte lesive di beni giuridici tutelati dall'ordinamento.

Si pensi, in via esemplificativa, ad eventuali immagini realizzate da un'intelligenza artificiale in violazione del diritto d'autore e, successivamente, diffuse su un *social network*.

E le motivazioni per cui si rende necessario l'intervento del legislatore sono, all'evidenza, svariate.

Talvolta occorre prevenire l'applicazione analogica delle fattispecie di reato già esistenti che, sovente vengono – in aperta violazione dei principi di tipicità e tassatività – estese dagli interpreti a fattispecie concrete difficilmente sussumibili nel paradigma punitivo delle stesse.

In altri casi – non essendo in alcun modo possibile neppure ipotizzare l'applicazione estensiva di talune norme incriminatrici che, in ossequio al principio di frammentarietà, sono chiamate a sanzionare delle condotte puntualmente descritte e, dunque, non suscettibili di letture fantasiose ad opera degli esegeti – l'intervento del Legislatore occorre per colmare dei vuoti di tutela dovuti alla radicale "novità" delle condotte lesive di beni giuridici rilevanti.

Sovente occorre, invece, prevedere l'introduzione di fattispecie *ad hoc* o di circostanze aggravanti per commisurare, secondo il principio di proporzionalità, le pene – già previste – dall'ordinamento per determinate condotte al maggior disvalore di determinate "modalità innovative" di commissione del reato che attraverso i nuovi mezzi di comunicazione possono avere un effetto maggiormente lesivo del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici già previste dall'ordinamento.

L'imprescindibile punto di partenza per l'analisi delle tematiche oggetto di ricerca non avrebbe potuto che essere una ricognizione di carattere generale della stratificazione normativa *de iure condito* della disciplina del mondo multimediale da parte del Legislatore italiano.

In primo luogo si è ritenuto di prendere le mosse da una compiuta riflessione sull'importanza del diritto nell'era digitale, per poi proseguire nell'analisi dell'evoluzione del diritto nella materia *de qua*, non senza prima aver effettuato un opportuno e imprescindibile distinguo tra ciò che viene comunemente denominato diritto dell'informatica e ciò che si intende per informatica giuridica.

Tali direttrici sono, infatti, imprescindibili per muoversi con cognizione nell'analisi dell'impianto normativo attualmente sussistente nell'ordinamento e per comprendere come, in maniera progressiva, si sia giunti alla complessa disciplina legale del mondo digitale.

Lo schema prescelto per l'analisi del quadro normativo (di matrice interna) di riferimento è quello del *climax* discendente: partendo dalle fonti poste al vertice del sistema dell'ordinamento interno si procede degradando verso le fonti di rango minore, ma certamente di non minore importanza.

Vengono, infatti, in primo luogo analizzati i principi costituzionali in materia di comunicazione fra individui e in materia di comunicazione di massa, per poi entrare nel merito della disciplina normativa dei vari *media* diffusisi nel corso degli anni.

Per ragioni di carattere cronologico, ancor prima che logico, la prima normativa di rango primario oggetto di analisi è quella di cui alla L. 47/1948 in materia di stampa.

La Legge sulla stampa ha ricoperto un ruolo di grande importanza nella storia del diritto penale italiano, in particolare per quanto riguarda la regolamentazione dei reati legati alla stampa e alla pubblicazione di materiale stampato.

La rilevanza di tale normativa è correlata al fatto che la stessa ha definito in modo chiaro e preciso le fattispecie correlate all'utilizzo della stampa, stabilendo le relative sanzioni penali e cercato di bilanciare la libertà di stampa con la protezione della reputazione e della *privacy* degli individui, stabilendo i requisiti per dimostrare la verità di quanto pubblicato e prevedendo l'obbligo di rettifica in caso di notizie false o lesive.

L'attualità dell'analisi di tale normativa è evidente in quanto nel corso degli anni è stata oggetto di numerose modifiche e novelle per tener conto delle sfide poste dall'evoluzione tecnologica, in particolare, dall'espansione dei *media* digitali e dalle comunicazioni *online*, dimostrando la sua adattabilità ai cambiamenti nella società e nei mezzi di comunicazione.

Si è, dunque, proseguita la ricerca con l'analisi delle normative relative a quelli che sono stati, senza ombra di dubbio, i più diffusi *media* del XX secolo: la radio e la televisione.

La L. 223/1990, altresì nota come "Legge Mammì", assume un rilievo cruciale ai fini dell'elaborato in quanto ha stabilito un quadro giuridico completo per la regolamentazione delle trasmissioni televisive e radiofoniche in Italia, prevedendo norme in materia di responsabilità penali delle emittenti e dei loro operatori in caso di violazione delle disposizioni della legge, come ad esempio nelle ipotesi di diffusione di contenuti offensivi o illegali e ponendo un'attenzione particolare alla protezione dei minori dai contenuti televisivi e radiofonici dannosi o inappropriati.

Come anche la legge sulla stampa, nel corso degli anni, la Legge Mammì è stata oggetto di aggiornamenti e novelle per tener conto dell'evoluzione dei mezzi di comunicazione e delle tecnologie digitali. Questi mutamenti normativi hanno avuto

conseguenze dirette sulle responsabilità penali legate alla produzione e alla diffusione di contenuti televisivi e radiofonici.

Tale Legge ha svolto un ruolo significativo nel regolare il settore dei media in Italia e ha contribuito a stabilire le basi per la responsabilità penale degli operatori televisivi e radiofonici, cercando di bilanciare la libertà di espressione con la protezione dei diritti individuali e la salvaguardia dei principi democratici, fornendo un quadro giuridico per gestire le sfide e le responsabilità nel settore dei media.

Onde esaurire la disamina delle fonti interne, si è proceduto, dunque, ad analizzare la prima disciplina organica in materia del *cybercrime*: la Legge 547/1993, promulgata in ragione della progressiva diffusione degli strumenti informatici e del *web* e della conseguente urgenza di approntare delle norme incriminatrici concepite *ex ante* per condotte «tecno-mediate», essendo evidente la sussistenza di peculiarità significative delle condotte caratterizzate dall'utilizzo del *computer*.

L'importanza ai fini della ricerca di tale normativa è del tutto evidente, in quanto il Legislatore ha provveduto ad ampliare l'ambito applicativo delle fattispecie già previste dal codice penale in modo tale da ricomprendere, nel rispetto del principio di tassatività, anche le condotte riconducibili alla criminalità cibernetica e ad introdurre delle nuove fattispecie di reato.

Una volta conclusa l'analisi delle principali normative primarie di matrice interna, si è ritenuto imprescindibile volgere lo sguardo alle convenzioni internazionali e agli svariati interventi normativi dell'Unione Europea in materia di disciplina legislativa dei media.

In primo luogo, si è ritenuto di analizzare la c.d. Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, in quanto essa ha rappresentato un importante passo avanti nella lotta contro i reati informatici a livello internazionale e ha avuto un'importanza significativa per il diritto penale italiano.

La Convenzione di Budapest ha, infatti, contribuito all'armonizzazione delle leggi nazionali in materia di reati informatici tra i paesi aderenti, onde affrontare le sfide transnazionali legate alla criminalità multimediale e onde consentire una cooperazione più efficace tra le autorità giudiziarie e di polizia di diversi paesi.

Essa si è, peraltro, prodigata di fornire una definizione chiara dei reati informatici, stabilendo norme comuni per reati come l'accesso abusivo a un sistema informatico, la

frode informatica, la pornografia infantile *online* e altri reati legati all'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni.

Viene, infine, effettuata un'analisi delle principali fonti normative di matrice europea in materia di nuovi *media*, in ragione della innegabile incidenza di tali fonti sovranazionali sull'attività legislativa del legislatore interno, con particolare attenzione al recentissimo *Digital Service Act*.

Detta analisi della legislazione di matrice eurolunitaria – per vero – viene integrata nel corso dell'elaborato (in via esemplificativa, con riferimento alla direttiva europea sul commercio elettronico, imprescindibile ai fini dell'elaborato) in quanto, per ragioni logico-sistematiche, si è ritenuto di analizzare *funditus* determinate fonti normative unitamente alle questioni problematiche che dall'applicazione delle stesse conseguono.

L'attività di ricerca condensata nel primo capitolo si è resa necessaria onde poter fruire di una panoramica della rilevanza della regolamentazione giuridica dei fenomeni peculiari dell'era digitale, così da avere un quadro complessivo dell'evoluzione normativa in materia *de qua*, imprescindibile per il prosieguo della ricerca.

Ciò in quanto è emerso con chiarezza come l'attività di legislazione penale della materia in esame sconti la necessità di fare rinvio a norme extra-penali, spesso aventi finalità definitorie, che vanno ad integrare – *rectius* completare – il precetto, così dando sostanza – ed intellegibilità – a quello che è il perimetro applicativo delle norme stesse.

Sicché, senza pretese di completezza e senza ambizioni di analiticità, si è ritenuto di dover chiarire quali fossero le direttrici della materia per poter poi analizzare la disciplina dei reati connessi al mondo multimediale.

Il prosieguo dell'attività di ricerca, condensata nel secondo capitolo dell'elaborato, avente il maggior rilievo ponderale, è, invece, incentrata su una puntuale disamina di tre categorie di fattispecie di reato strettamente correlate all'utilizzo dei nuovi *media*.

Il particolare, pur non ignorandosi che vi sono svariate ulteriori fattispecie facilmente commissibili a mezzo *media*, si è ritenuto di concentrare la ricerca sui delitti contro l'onore, sulle fattispecie in materia di diritto d'autore e sulle fattispecie in materia di dati personali.

Le ragioni che hanno condotto l'Autore a concentrarsi sulle suddette categorie sono correlate al fatto che le stesse si presentano di elevato interesse ai fini della ricerca

scientifico in quanto la loro analisi permette di rinvenire delle questioni problematiche ricorrenti correlate, da un lato, alle tecniche di formulazione legislativa utilizzate dal legislatore per la redazione delle stesse e, dall'altro, alla responsabilità dei *providers* nelle ipotesi in cui detti reati vengano commessi a mezzo *media* da parte di soggetti terzi.

Si è, in specie, cercato di effettuare una disamina quanto meno manualistica possibile, concentrando il *focus* dell'elaborato sui profili di maggior interesse nell'ottica della ricerca.

La prima fattispecie cui si è prestata attenzione è stata, inevitabilmente, quella di cui all'art. 595 c.p., con particolare attenzione alle ipotesi in cui la diffamazione venga commessa avvalendosi degli strumenti di comunicazione di massa della stampa, della televisione e della rete.

Ciò di cui ci si avvede *ictu oculi* è la maggior attitudine lesiva delle ipotesi diffamatorie correlate all'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa, attesa la deflagrante portata lesiva del bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

Nell'analisi di tale fattispecie si è ritenuto di non poter prescindere dalla disamina del diritto vivente in materia *de qua*, atteso che si assiste al proliferare di una cospicua giurisprudenza avente una certa tendenza ad estendere l'ambito applicativo di dette fattispecie.

Il tema analizzato in maniera maggiormente analitica – in quanto assai rilevante in un'ottica di verifica del rispetto, da parte della giurisprudenza, dei principi basilari dell'ordinamento costituzionale in materia penale e in un'ottica di ricerca finalizzata a fornire degli spunti *de lege ferenda* – è stato, in particolare, quello afferente alle responsabilità penali dei soggetti responsabili dei vari *media* utilizzati per la diffusione di propalazioni lesive dell'altrui onorabilità.

In particolare si è ritenuto di esaminare le questioni relative alla responsabilità del direttore responsabile delle testate giornalistiche tradizionali, dei soggetti aventi la medesima qualifica in seno a testate giornalistiche *online*, dei moderatori di forum e dei *blogger*.

È, infatti, sin da subito emersa la necessità di far chiarezza circa la ipotizzabilità di un concorso degli stessi nelle fattispecie poste in essere dagli utenti dei vari *media*, in quanto appare evidente come molto spesso la giurisprudenza di merito e di legittimità – seppur con la pregevole aspirazione di evitare sacche di impunità/irresponsabilità penale

– abbia (inopportunamente, ad avviso dello scrivente) effettuato un’interpretazione analogica del diritto vivente, ponendosi sovente in evidente contrasto con i principi di legalità e di tassatività immanenti nell’ambito della materia penale.

È stato, peraltro, evidenziato – cercando di trovare una possibile soluzione ermeneutica – come la natura di reato istantaneo della fattispecie di diffamazione sembri essere ostativa all’astratta ipotizzabilità di un concorso omissivo del *provider* nel delitto di diffamazione commesso dai terzi a mezzo *media*.

Esaurita la disamina delle questioni problematiche in materia di delitti contro l’onore si è ritenuto di dover volgere lo sguardo alle fattispecie in materia di diritto d’autore, prestando particolare attenzione alle peculiarità della materia del diritto d’autore nell’era digitale, effettuando una ricognizione dell’evoluzione del quadro normativo italiano in materia di diritto d’autore e degli elementi caratterizzanti la legislazione in esame.

Di talché si è proceduto all’analisi delle principali fattispecie di reato previste dalla Legge sul diritto d’autore, cercando – ancora una volta, in maniera quanto meno manualistica possibile – di porre l’accento sulle questioni problematiche di maggior rilievo, apprezzando, in particolare, la sussistenza di questioni rilevanti in relazione alla tecnica legislativa utilizzata nella redazione delle fattispecie e – nuovamente – in relazione alle responsabilità omissive dei *providers*.

Ultima categoria di fattispecie oggetto di analisi è stata quella in materia di trattamento dei dati personali.

Tale disamina è stata effettuata seguendo il medesimo schema utilizzato per le fattispecie in materia di diritto d’autore, mediante lo studio delle fattispecie di maggior rilievo ai fini della ricerca, finalizzato ad individuare le questioni problematiche di maggior rilievo che – per come vaticinabile – sono pressoché sovrapponibili a quelle emerse nell’analisi delle fattispecie precedentemente analizzate.

Dopo aver concluso lo studio delle fattispecie chirurgicamente individuate quali quelle di maggior interesse ai fini della ricerca, l’elaborato prosegue con un capitolo integralmente dedicato alle riflessioni dell’Autore – già abbondantemente presenti in ordine sparso nel secondo capitolo – sulle questioni problematiche rivelatesi dei veri e propri *leit motiv* nel corso dell’analisi delle differenti tipologie di reati analizzate.

In via esemplificativa, nella disamina – riportata all’interno del II capitolo – delle fattispecie di reato in materia di diritto d’autore, è parso chiaro come possa essere oltremodo complesso comprendere quale sia la concreta portata di taluni lemmi – descrittivi della condotta – il cui significato è solo all’apparenza chiaro e univoco, dovendosi, invero in concreto interpretarne l’ampiezza (si pensi al termine “*immissione*”).

Sicché si è proceduto ad analizzare (cap. III) le questioni afferenti alla tecnica legislativa utilizzata per la disciplina delle fattispecie commesse a mezzo *media*.

In primis si è evidenziata, da un lato, la necessità dell’utilizzo di un lessico tecnico e quanto più puntuale e, dall’altro, la necessità di prevedere delle norme definitorie relative agli elementi di maggior rilievo delle fattispecie o alle nozioni meno intelleggibili in assenza di una norma esplicativa delle stesse.

Il Legislatore, infatti, oltre a dover costantemente monitorare il panorama normativo per verificare la necessità di eventuali novelle, deve profondere le proprie energie nella ricerca di lemmi quanto più appropriati per ciascuna norma incriminatrice.

Altra questione problematica ricorrente, emersa nell’analisi delle fattispecie oggetto di studio nel secondo capitolo, attiene alla problematica della possibilità di ritenere sussistente – o meno – una responsabilità omissiva del *provider* il quale non impedisca la commissione o la protrazione di condotte criminose commesse dagli utenti.

Tale questione assume un rilievo primario in quanto appare evidente – da un lato – non poter lasciare impunte le eventuali condotte tipiche poste in essere, a titolo di concorso eventuale nell’altrui delitto, dai *provider* e – dall’altro – quanto, tuttavia, sia estremamente complesso accertare l’effettiva consapevolezza dell’ISP del verificarsi dell’altrui condotta illecita.

In tale ottica, prima di spingersi alla ricerca di possibili spunti *de lege ferenda*, si è ritenuto imprescindibile porre in essere una analisi comparatistica delle normative straniere in materia di *media*, con particolare attenzione agli ordinamenti che abbiano previsto dei meccanismi di *notice and take down*, ovverosia delle procedure di segnalazione e rimozione dei contenuti illeciti presenti sul *web*.

In particolare, si è effettuata un’analisi – *incidenter tantum* – delle discipline statunitense e tedesca, per poi analizzare con maggiore approfondimento la normativa della Repubblica d’Albania.

La legislazione illirica è stata ritenuta d'estremo interesse ed attualità in ragione della lunga e annosa *querelle* relativa alle recenti proposte di modifica della normativa relativa alle comunicazioni a mezzo *media*.

Infatti, negli ultimi anni, le istituzioni di Tirana hanno avanzato delle proposte di legge all'interno delle quali vengono previste delle procedure di *take down* dei contenuti illeciti. Le stesse, tuttavia, non hanno, sino ad ora, portato ad un'effettiva novella del diritto positivo in quanto, anche in seguito all'intervento della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, sono state espresse delle serie perplessità sulle potestà attribuite ad un'autorità non giurisdizionale (AMA) di intimazione della rimozione dei contenuti ai *providers*.

L'analisi della normativa albanese è stata di estrema utilità ai fini della ricerca in quanto, grazie alle osservazioni critiche della Commissione di Venezia, è stato possibile comprendere quali siano le questioni oggetto di maggiori attenzioni da parte dell'opinione pubblica e della comunità internazionale laddove un paese intenda effettuare delle proposte di modifica della legislazione in materia di illeciti penali commessi a mezzo *media*, in ragione del delicatissimo bilanciamento che deve essere effettuato tra gli interessi in gioco.

Dopo aver preso spunto dall'esame comparatistico delle normative di altri ordinamenti in materia di *notice and take down*, si sono, dunque, ipotizzate delle possibili prospettive *de lege ferenda* finalizzate, da un lato, a prevenire la – inopportuna – estensione analogica delle norme incriminatrici allo stato presenti nell'ordinamento e, dall'altro, ad evitare indebite aree di irresponsabilità penale dei *providers* che pongano in essere condotte omissive concretamente lesive di beni giuridici oggetto di tutela da parte dell'ordinamento.

In tale ottica, in particolare, si vedrà *infra* negli ultimi paragrafi dell'elaborato e nelle conclusioni dello stesso, cui si fa sin d'ora rinvio per esigenze di sintesi e per ragioni di opportunità, si è ritenuto che la soluzione maggiormente opportuna sarebbe quella di abbandonare lo schema sino ad oggi seguito e, dunque, di non ricorrere – diversamente da quanto effettuato negli ultimi anni da parte della giurisprudenza – alla contestazione agli ISP del concorso omissivo improprio nel reato commesso dagli utenti, prevedendo, per converso, delle fattispecie omissive proprie volte a sanzionare *ad hoc* la violazione degli obblighi di *notice* o di *take down*.

Capitolo I

IL RUOLO DEL DIRITTO NELL'ERA DIGITALE

1. Il diritto nell'era digitale

1.1 *Ubi societas ibi ius*

“Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius”.

Il sillogismo sintetizzato nell'appena riportato brocardo, conduce la mente dell'Autore e, probabilmente quella di ogni giurista, alle prime lezioni universitarie.

È quello il momento in cui gran parte dei neofiti del diritto hanno una epifania sul funzionamento delle aggregazioni umane: non è possibile ipotizzare una società, piccola o grande che sia, senza diritto.

Per diritto intendendosi ogni forma, seppur embrionale, di legislazione positivizzata o meno.

Basti pensare alla più semplice forma di società: quella familiare.

La famiglia è, infatti, regolata da norme – in gran parte non scritte e non imposte dall'ordinamento statale – che prevedono un'organizzazione gerarchica all'interno della quale i soggetti posti in posizione apicale – i genitori – pongono le basi per la civile e pacifica convivenza fra tutti i componenti.

È, infatti, a ognun palese che in assenza di leggi, siano esse morali e, dunque, liberamente seguite dal singolo o, per converso, coattivamente imposte alla collettività dall'ordinamento di uno Stato sovrano, ogni società si troverebbe nella hobbesiana condizione dell'*homo homini lupus*¹ e si dissolverebbe come neve al sole.

Al diritto, d'altra parte, spetta l'arduo compito di disciplinare i fenomeni umani e, conseguentemente, esso dovrebbe mutare all'unisono con l'evolversi della società che lo stesso è tenuto a regolamentare, prevenendone l'autodistruzione in balia degli istinti egoistici ed atomistici degli individui.

In altri termini, è possibile affermare che il diritto è legato simbioticamente con tutte le attività umane e, di conseguenza, anche con quelle attività volte a migliorare le condizioni di vita della collettività attraverso le più recenti acquisizioni della scienza e della tecnologia².

A tale ultimo lemma, per la verità, parrebbe essere possibile attribuire un significato ben più ampio rispetto a quello ad esso assegnato dall'uso comune.

¹ T. HOBBS, *De Cive*, 1642. Cfr. anche N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, 2004.

² Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995.

Infatti, a ben vedere, sarebbe opportuno ricomprendere nell'alveo degli strumenti tecnologici persino gli strumenti della carta, della penna e del calamaio e – tra il serio e il faceto – persino quello del linguaggio.

È, infatti, innegabile che il linguaggio sia una «tecnologia del pensiero»³.

Esso è imprescindibile per l'esistenza di qualsiasi società e, chiaramente, per qualsivoglia forma di regolamentazione giuridica.

Senza gli opportuni strumenti linguistici è, d'altra parte, impossibile garantire chiarezza, certezza e stabilità alle statuizioni normative.

L'avvento delle più dirompenti nuove tecnologie (dal linguaggio, alla scrittura, alla stampa, alla televisione, sino al *web*) ha, dunque, inevitabilmente inciso non solo sulla diffusione ma anche sulla formazione del pensiero giuridico dell'epoca, con rilevanti cambiamenti nel panorama giuridico.

Da tali riflessioni sorge spontaneo un interrogativo cui si cercherà di dare risposta nel prosieguo del presente elaborato: posto che esiste uno strettissimo legame – pressoché sinallagmatico⁴ – tra diritto e tecnologie, è il diritto che si evolve in funzione della necessità di una regolamentazione delle stesse o, al contrario, si serve di tali tecnologie per il perseguimento dei propri obiettivi?

La risposta a tale quesito, come si avrà modo di intendere nel prosieguo dell'opera, non è semplice né lineare.

Ciò che è certo è che il mondo del diritto, con l'avvento delle nuove tecnologie e, in specie, dei nuovi mezzi di comunicazione, ha subito dei profondi e radicali mutamenti.

I giuristi, se da un lato hanno certamente percepito la necessità di disciplinare con la positivizzazione di nuove norme giuridiche il mondo digitale, dall'altro hanno colto l'opportunità di saggiare quali fossero i possibili benefici concreti che gli stessi potevano trarre dall'avvento di tali nuovi strumenti⁵.

Sul primo versante, in particolare, si è reso necessario provvedere alla regolamentazione giuridica delle conseguenze dell'avvento dei sistemi di elaborazione dei dati sulla società. Sotto un altro profilo, invece, si è sviluppato un ulteriore punto di

³ G. PASCUZZI, *Il diritto fra tomi e bit. Generi letterari e ipertesti*, CEDAM, 1997.

⁴ Tale legame viene definito "a doppio filo" da G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, 2020, p. 19.

⁵ V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, 1981, p. 249 ss.; V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Giuffrè, 1992, p. 119 ss.

interrelazione fra diritto e tecnologia: quello dell'automazione dei sistemi di documentazione delle norme giuridiche e delle decisioni giudiziarie.

Basti guardare all'inarrestabile ed esponenziale proliferare nel corso degli anni di archivi elettronici e banche dati che hanno via via – ma non ancora del tutto – eroso gli spazi riservati ai commentari dei codici e dei testi normativi e alle raccolte di sentenze in formato cartaceo.

Tali strumenti hanno determinato una evidente velocizzazione delle attività di ricerca e, soprattutto, una maggiore ampiezza del patrimonio informativo a disposizione di ciascun giurista pratico o teorico.

Tale processo, avviatosi negli anni '70 del secolo scorso con la nascita della c.d. «informatica giuridica di gestione⁶» ha portato alla progressiva digitalizzazione dei processi di formazione, conservazione, inoltre, certificazione degli atti e dei documenti giuridicamente rilevanti e, nell'ottica di alcuni autori, persino delle stesse decisioni giuridiche⁷.

Ad oggi infatti, si parla quotidianamente di processo telematico e della possibilità di utilizzare, in un futuro prossimo, i sistemi di intelligenza artificiale all'interno dei procedimenti giudiziari, sicché il possibile impatto dei “tempi moderni” non solo sul diritto ma anche sulla Giustizia è pienamente tangibile

1.2 Informatica giuridica e diritto dell'informatica

Dovendo affrontare il tema del «diritto nell'era digitale», come ci si è proposti di fare nel presente capitolo, è necessario effettuare una premessa di carattere sistematico.

In particolare, è opportuno un distinguo tra informatica giuridica e diritto dell'informatica, materie che certamente hanno più di un *trait d'union* ma sono tutt'altro che sovrapponibili.

⁶ P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p.2.

⁷ In tal senso P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p.2.

Per informatica giuridica⁸ si intende ogni situazione di possibile interrelazione tra informatica e diritto⁹, sicché appare chiaro il carattere assai ampio di tale locuzione e, conseguentemente, di tale materia.

La nascita di tale disciplina pare possa farsi risalire al pensiero di Gottfried Leibniz il quale già nel '600 parlava di “*ragionamento quale tecnica calcolabile*”¹⁰, e definiva le caratteristiche caratterizzanti la logica delle modalità normative.

Altro padre venerabile della disciplina in parola può individuarsi nel giurista statunitense, Lee Loevinger, il quale già nel 1949 coniò il termine “*giurimetria*”, ipotizzando un nuovo e innovativo approccio al diritto che prendesse le mosse dal metodo scientifico.

Ma dalla seconda metà del secolo scorso, certamente, molto è cambiato.

Nel corso degli ultimi decenni, l'informatica giuridica ha, infatti, assunto sempre maggior peso tanto da divenire, ad oggi, obbligatoria in gran parte dei corsi di studio in giurisprudenza in quanto è divenuta innegabile la rilevanza di tale disciplina nella formazione di ciascun giurista¹¹.

Ciò posto, non ci si può esimere dal sottolineare la sussistenza di una distanza ontologica tra tale disciplina e le altre materie “teoriche”, quali la teoria generale e la filosofia del diritto.

L'informatica giuridica, infatti, ha un approccio pratico-applicativo ed è stata sviluppata altresì per ragioni concrete e operative, ponendosi in parziale antitesi rispetto alle materie dell'Accademia tradizionale che si concentrano su questioni di “*ontologia giuridica*”¹².

⁸ Sul punto cfr. E. GIANANTONIO, *Introduzione all'informatica giuridica*, Giuffrè, 1984; R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Giuffrè, 1988; G. CARIDI, *Metodologia e tecniche dell'informatica giuridica*, Giuffrè, 1989; V. FROSINI – D.A. LIMONE (a cura di), *L'insegnamento dell'informatica giuridica*, Liguori, 1990; G. TADDEI ELMI, *Dimensioni dell'informatica giuridica – dall'informatica intelligente all'informatica cosciente?*, Liguori, 1990; D.A. LIMONE (a cura di), *Dalla Giuritecnica all'informatica – studi dedicati a Vittorio Frosini*, Giuffrè, 1995.

⁹ V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Giuffrè, 1992, p. 339 ss.

¹⁰ G. LEIBENITZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, 1666.

¹¹ Va precisato che l'ambito d'operatività di tale materia può essere suddiviso in due macroaree: 1) la documentazione giuridica; 2) l'informatica c.d. di gestione. Esse si differenziano fra loro, in particolar modo, per i differenti obiettivi, condividendo, per converso, in gran parte le metodologie operative. Cfr. P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p.3.

¹² Anche in tal caso, si veda P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p.5.

Non certamente siderale, ma comunque assai rilevante è la distanza tra informatica giuridica e diritto dell'informatica.

Per diritto dell'informatica¹³, infatti, si intende l'insieme delle norme volte alla disciplina delle tecnologie digitali. In altri termini, esso è volto a regolamentare l'utilizzo dei beni e dei servizi informatici¹⁴ e, per come osservato da accorta dottrina, le norme di tale materia sono caratterizzate da un «natura ancipite»¹⁵ in ragione del fatto che, da un lato, hanno certamente un tratto comune – l'afferenza agli aspetti informatici – e, dall'altro, sono differenti tra loro in quanto si suddividono in norme di diritto penale, civile, amministrativo e via discorrendo¹⁶.

Proprio il diritto dell'informatica sarà oggetto di analisi in gran parte dell'elaborato, in quanto in tale categoria si può sussumere tanto la disciplina del *cybercrime* in senso stretto quanto quella afferente a tutte le fattispecie di reato commesse avvalendosi dei nuovi media e d'interesse ai fini del presente elaborato.

1.3 I concetti di *medium* e di era digitale

Prima di proseguire nell'analisi delle tematiche oggetto di ricerca si rende necessario chiarire il significato di due concetti chiave la cui comprensione è imprescindibile in quanto costituenti due delle direttrici del presente elaborato.

Il primo dei concetti da chiarire è quello di *medium*, termine di origine latina, dal significato generale di “mezzo” o “strumento”.

Tale significato permane anche nell'uso del termine nella lingua italiana e assume rilievo cruciale ai fini della presente attività di ricerca in una sua accezione figurata, laddove per *medium* si intende un intermediario fra piani della realtà.

Basti pensare che nell'ottica del filosofo greco Platone, il poeta non è un individuo geniale o particolarmente ispirato, bensì un mezzo – *medium* – di disvelamento della creatività delle Muse: un tramite che permette ai *quisque de polulo* di accedere ai loro regni dei monti Parnaso ed Elicona.

¹³ Sul punto, si veda E. GIANANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1994.

¹⁴ V., *ex plurimis*, M.G. LOSANO, *Il diritto privato dell'informatica*, Einaudi, 1986, p.3 e ss.

¹⁵ P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p.8.

¹⁶ Oltre all'opera citata *supra* si vedano anche S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, 1973, p. 132; S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione dell'informazione*, in *Riv. Cr. Dir. Priv. n. 721/1984*; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, 1992; V. FROSINI, *Privacy e banche dati*, in *Atti del Convegno di Roma 25.2.1981*; N. MATTEUCCI, *Banche dei dati e tutela della persona*, in *Quaderni di documentazione della Camera dei Deputati*, 1983.

È pur vero che se il termine *medium* può certamente avere un'accezione antropologica è parimenti chiaro che molteplici altre possano essere i significati e le sfaccettature di tale lemma.

In via esemplificativa, rientrano nella nozione di *medium* gli strumenti di tipo tecnico e comunicativo, ovverosia gli strumenti di comunicazione: i cosiddetti *media*.

Nella storia della comunicazione si è passati dalle tavolette di argilla, ai papiri, alle pergamene di pelle animale, sino alla stampa a caratteri mobili dei volumi di maggior pregio, alla stampa industriale dei quotidiani cartacei, alle trasmissioni attraverso onde radio e televisive e, da ultimo, al predominio dei *social networks*. E l'evoluzione umana è stata fortemente impattata dall'evoluzione dei *media*, strumenti tramite cui si conservano, tramandano e innovano le conoscenze delle nostre civiltà.

Al giorno d'oggi la tematica dei *media* e, in specie, dei *mass media* è assai invalsa e di estremo interesse.

È, infatti, innegabile la attualità del tema dei mezzi di comunicazione in ambito divulgativo e professionale, avendo assunto il *marketing* attraverso le nuove forme di comunicazione una centralità nell'economia della società odierna.

Anche il mondo dell'Accademia ha, per vero, focalizzato la propria attività di studio e di ricerca all'indagine, in ottica multi e transdisciplinare, sulle caratteristiche e sulle prospettive dei mezzi di comunicazione. Le scienze della comunicazione, l'economia, la sociologia, la semiotica ma anche la pedagogia, la psicologia, la filosofia del linguaggio e, per come testimonia il presente elaborato, il diritto sono le discipline evidentemente coinvolte in questa impegnativa opera di minuta e profonda analisi del mondo della comunicazione e di come quest'ultima stia cambiando il mondo.

Ciò premesso, per dare l'idea della estrema rilevanza di ciascun *medium* si ritiene utile affidarsi al pensiero di un illustrissimo studioso ed esegeta di tali strumenti comunicativi, Marshal McLuhan, il quale ha affermato che la natura di un *medium*, da intendersi come lo strumento mediante il quale viene veicolato un messaggio, è più importante del contenuto o significato del messaggio stesso¹⁷.

Tale – autorevolissima – affermazione è ancor più veritiera se riferita all'età contemporanea, la cosiddetta “era digitale”.

¹⁷M. McLuhan, *Capire i media. Gli strumenti del Comunicare*, il Saggiatore, 2011 (prima pubblicazione 1964).

Quest'ultima locuzione viene utilizzata per definire l'epoca della diffusione dei calcolatori meccanici, o *computers*, e deriva dal termine di origine anglosassone *digit*, che ha il significato di "numero".

Dette macchine, infatti, utilizzano un codice numerico, in specie binario, per il proprio funzionamento.

Attraverso tale codice in base due (ossia utilizzando le sole cifre 0 e 1) i sistemi informatici hanno la capacità di rappresentare testi, suoni, immagini *et similia* e, dunque, pressoché la totalità della realtà fenomenica.

Conseguentemente, la digitalizzazione ha pian piano investito la letteratura, l'arte e in generale il sapere e la cultura in senso lato, sino a raggiungere anche quelle che sembravano le più insormontabili roccaforti della burocrazia strettamente analogica e legata alla carta, quale è per lungo tempo stata la Giustizia civile e, ancor più penale.

Sicché il diritto, davanti all'inesorabile incedere della digitalizzazione dell'universo mondo, è stato chiamato a disciplinare i nuovi fenomeni, le nuove tecnologie e le più minute sfaccettature dell'era digitale.

2. La regolamentazione del mondo multimediale

Prima di entrare nel merito delle peculiarità e delle problematiche connesse alle fattispecie di reato correlate all'utilizzo dei nuovi media e del mondo cibernetico, non ci si può esimere da un'attività di ricognizione della normativa volta a disciplinare la materia *de qua*.

In particolare, si ritiene opportuno prendere le mosse dai principi sanciti al livello costituzionale dalla Carta del '48 e rilevanti ai fini d'interesse del presente elaborato, per poi analizzare, in ordine pressoché cronologico e senza pretese di completezza, la normativa di rango primario di matrice nazionale e sovranazionale, le convenzioni internazionali, le relative leggi di ratifica e i protocolli addizionali.

2.1 La tutela costituzionale della comunicazione

All'interno della Carta costituzionale italiana svariate sono le disposizioni volte, più o meno in maniera diretta ed esplicita, alla tutela della comunicazione tra consociati e di massa.

2.1.1 La tutela costituzionale della comunicazione fra individui

La prima delle disposizioni della Carta costituzionale che si ritiene meritevole di analisi in questa sede è quella di cui all'art. 15 Cost.¹⁸, posto a tutela della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione, a partire da quella più classica e tradizionale: la corrispondenza.

Tale diritto alla libertà e segretezza epistolare va a tutelare i consociati nella loro sfera più intima sicché rientra a pieno titolo tra i cosiddetti «valori supremi dell'ordinamento» e, dunque, come tale, è sottratto alla stessa funzione di revisione costituzionale nel suo contenuto essenziale¹⁹.

Esso è certamente correlato all'esercizio dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. in quanto trattasi di una delle espressioni dei valori della personalità, il cui contenuto «non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante [...] sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse» e nei limiti stabiliti del citato art. 15 della Costituzione²⁰.

Per un quadro completo in merito alla tutela di tale diritto fondamentale si rende necessaria una lettura logico-sistematica dell'art. 15 unitamente agli artt. 13 e 14 Cost. e con la garanzia della doppia tutela della riserva rinforzata di legge e della riserva di giurisdizione.

I Padri costituenti, infatti, reduci da un ventennio di forti restrizioni delle libertà di comunicazione, avevano intenzione approntare delle guarentigie quanto più forti possibili, garantendo l'assoluta inviolabilità di tali diritti della persona²¹.

La disposizione costituzionale in esame definisce il paradigma per l'espressione di una comunicazione riservata ad un numero determinato e individuabile di soggetti.

¹⁸ F. DONATI, *Art.15*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, UTET, 2006, 362 ss.; G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'invulnerabilità della corrispondenza*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, 2006, 617 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, CEDAM, 1992, 241 ss.; A. PACE, *Art. 15*, in G. BRANCA- A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1977; P. CARETTI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, UTET, 1989, 200 ss.; C. TROISIO, voce *Corrispondenza (Libertà e segretezza della)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1988, 80ss.; V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giuffrè, 1963; P. BARILE– E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, 1962, 743ss.

¹⁹ C. cost., sent. n. 366/1991.

²⁰ C. cost., sent. n. 366/1991; L. CALIFANO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni*, 2022, *La Magistratura – rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati*, su www.lamagistratura.it.

²¹ La libertà di corrispondenza e di comunicazione è garantita a tutti i consociati. Essa, infatti, prescinde dalla qualifica di cittadino ed è garantita anche alle formazioni sociali e ai soggetti collettivi.

Tale è l'elemento discretivo rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., *infra* analizzata nel prosieguo²².

Anche al livello del diritto dell'Unione e della Convenzione E.D.U. il diritto alla segretezza delle comunicazioni si configura quale strumentale al rispetto della vita privata e familiare.

Basti pensare che l'Art. 7 della Carta di Nizza riproduce il contenuto di cui all'Art. 8 CEDU, per cui «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Nell'età contemporanea le garanzie previste dall'art. 15 Cost. devono ritenersi sussistenti in relazione a tutte le forme di comunicazione suscettibili nella nozione di corrispondenza di cui co. IV dell'art. 616 c.p.²³, per come novellato a norma dell'così art. 5 della L. n. 547/1993.

Per corrispondenza deve, dunque, intendersi non solo quella epistolare ma anche quella telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza²⁴.

Molti interpreti, nel corso degli anni, si sono interrogati sui profili problematici dell'applicazione dell'art. 15 Cost. ai nuovi rapporti comunicativi²⁵.

In particolare, taluno ha evidenziato che sovente appare assai complesso comprendere se le singole fattispecie concrete debbano essere tutelate in ragione della

²² Parrebbe opportuno leggere i diritti di cui agli artt. 15 e 21 come una fattispecie complessa che comprende più libertà, differenti ma al contempo convergenti ed i cui elementi differenziali vanno ricercati nella determinatezza dei destinatari, nella infungibilità e delimitazione dei medesimi. Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Giuffrè, 2001;

²³ La fattispecie in parola è volta a sanzionare «chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta», e chiunque sottrae o distrugge la corrispondenza, anche se aperta, al fine di violarne la segretezza.

²⁴ C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2013.

²⁵ R. ZACCARIA – A. VALASTRO – E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2016; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, 2008.

disciplina di cui art. 15 Cost.²⁶ piuttosto che di quella di cui all'art. 21 della Carta costituzionale²⁷.

Con l'avvento e la irrefrenabile diffusione dei *social network* si è, infatti, acuita la difficoltà di individuare il *discrimen* tra l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra disciplina per i motivi di seguito dettagliatamente illustrati.

Tali innovativi strumenti sociali, infatti, parrebbero essere connotati più da un *animus* di tipo comunicativo che da una volontà di manifestare il proprio pensiero.

In quest'ottica, appare evidente, da un lato, che il crinale tra le due discipline è, in taluni casi, piuttosto labile e dall'altro, che parrebbe opportuno mettere parzialmente da canto il canonico paradigma discretivo tra comunicazione riservata e manifestazione del pensiero.

Per comprendere tali difficoltà può essere utile fare ricorso ad un esempio assai semplice: l'invio di un messaggio mediante *mailing list* o di un *whatsapp* mediante lista *broadcast*.

Se non è revocabile in dubbio che l'invio di un messaggio di posta elettronica sia certamente suscettibile nel paradigma di tutela di cui all'art. 15 Cost. più ardua è la questione nel caso in cui si analizzi una comunicazione "di massa" a mezzo *mail*.

Infatti, un messaggio inviato mediante *mailing list* (che quantomeno in astratto è certamente riconducibile alla nozione di corrispondenza) e rivolto ad un numero assai elevato di destinatari parrebbe difficilmente suscettibile nel paradigma di tutela di cui all'art. 15 Cost., avvicinandosi evidentemente all'ambito di tutela della manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost..

Gli ordinari schemi sono, infatti, parzialmente divenuti obsoleti e inadeguati all'era tecnologica.

Ad oggi appare, infatti, opportuno valorizzare la segretezza del rapporto comunicativo, valutata caso per caso nel merito, con conseguente riscontro dell'applicabilità o meno delle relative garanzie costituzionali.

²⁶ M. OROFINO, *Art. 15*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, 2021, 108 ss.

²⁷ L. CALIFANO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni*, 2022, *La Magistratura – rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati*, su www.lamagistratura.it.

Andrà, infatti, verificata la sussistenza – o meno – della effettiva volontà da parte del mittente che il messaggio sia reso pubblico o, in alternativa, la determinatezza/fungibilità dei destinatari dello stesso.

Sicché un possibile punto di equilibrio per comprendere quale delle due discipline sia applicabile deve temperare, da un lato, l' idoneità – anche sotto il profilo tecnico – dello strumento comunicativo a garantire la segretezza della comunicazione e, dall' altro, la volontà soggettiva del mittente e del destinatario di rendere pubblico – o meno – il messaggio.

2.1.2 *La tutela costituzionale della comunicazione di massa*

Dalla sua invenzione ad opera di Gutenberg, la stampa è stata per più di quattro secoli l'unico vero *medium* di massa.

Per *medium* di massa si intende quello strumento idoneo a diffondere una propalazione ad un numero assai elevato di individui, uno strumento volto alla “comunicazione su larga scala”.

Tematica legata a doppio filo con l'età moderna e – ancor più – con quella contemporanea è quella della comunicazione.

Nel secolo scorso si è, infatti, assistito alla diffusione dei c.d. “mezzi di comunicazione di massa”, comunemente denominati con l'anglismo “*mass media*”.

Tale locuzione fu coniata agli inizi del '900 e, come parzialmente anticipato *supra*, era intesa a ricomprendere tutti quegli strumenti finalizzati a mettere in atto forme di comunicazione «aperte, a distanza, con una moltitudine di individui in un breve lasso di tempo²⁸».

Sicché i nuovi mezzi di comunicazione hanno rivoluzionato del tutto la dialettica politica, dando estremo rilievo alla “propaganda” e hanno cambiato radicalmente la società sino alle sue fondamenta.

Attesa la rilevanza di tali strumenti si è reso necessario verificare quali fossero i limiti entro cui l'utilizzo di tali mezzi di comunicazione è tutelato dal nostro ordinamento.

Di tali questioni è stata investita, atteso il ruolo ordinamentale alla stessa assegnato dalla Costituzione, la Consulta, la quale sin dalla sua istituzione ha assunto un

²⁸ D. MCQUAIL, *Sociologia dei Media*, Il Mulino, 2005, 21.

ruolo di primario rilievo, impattando con le proprie decisioni sull'evoluzione del nostro sistema di comunicazione a mezzo stampa, radio e televisione.

Il parametro di riferimento di gran parte dei giudizi di legittimità costituzionale è stato, come facilmente vaticinabile, l'art. 21 Cost. che, ai primi due commi, segnatamente statuisce: «tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure».

L'appena riportato divieto di ogni tipo di controllo preventivo sulla stampa periodica è stato fortemente voluto dai Costituenti onde prevenire l'imposizione di autorizzazioni o l'istituzione di sistemi di censura.

D'altra parte, limitazioni di tal fatta avevano caratterizzato i regimi autoritari del secolo scorso, sicché assai pressanti furono le spinte in sede di assemblea costituente per porre dei quanto più solidi argini normativi alle possibili derive.

In particolare, è stata fortemente limitata la possibilità di applicare i sequestri. Tali misure ablativo provvisorie, infatti, potranno essere disposte dalla autorità giudiziaria, con decreto motivato, solo in caso di commissione di alcune fattispecie delittuose espressamente menzionate nella legge sulla stampa. Solo nei casi di assoluta urgenza anche la polizia giudiziaria ha la possibilità di applicare tali misure cautelari reali, ferma restando la necessità di chiederne (entro le 24 ore) e ottenerne (entro le 48 ore) la convalida dall'autorità giurisdizionale.

Ma la portata dell'Art. 21 Cost. non si esaurisce qui.

All'ultimo comma, viene, infatti, posto un unico limite generale alle manifestazioni del pensiero, individuato nel rispetto del vago e flessibile concetto di "buon costume".

Appare, dunque, evidente come l'Assemblea costituente abbia dedicato gran parte dei propri sforzi ad approntare un apparato di tutela costituzionale del diritto di manifestazione del pensiero e, per converso, sia stata ben meno accorta a delinearne – espressamente – i limiti.

Il tutto, certamente, è stato dettato dalla necessità di mostrare una quanto più profonda cesura rispetto al regime autoritario che l'Italia stava cercando di lasciarsi alle spalle.

Tuttavia, nel corso del tempo la Corte costituzionale, in una pluralità di sentenze, ha delineato una serie di limiti impliciti al principio di libera manifestazione del pensiero correlati alla necessità di tutelare altri valori di rilevanza costituzionale.

Non di rado, infatti, si rende necessario effettuare un bilanciamento nel caso in cui la libertà di espressione vada in conflitto con valori attinenti alla sfera dell'onorabilità, della reputazione e della riservatezza dei consociati.

Sotto un altro versante, la libertà di manifestazione del pensiero sovente rischia di confliggere con l'ordine pubblico, con la sicurezza della Repubblica, e con l'esercizio della Giustizia da parte della magistratura.

Il bilanciamento con tali diritti e interessi costituzionalmente garantiti, nell'ottica della Consulta, comporta la necessità di un parziale condizionamento della libera manifestazione del pensiero, ferma restando la necessità di non snaturare od obliterare tale libertà.

D'altra parte, i giudici della Corte costituzionale sono stati sin da subito ben consci della "funzione ordinamentale" della libertà d'espressione. Essa, infatti, è del tutto imprescindibile per il buon funzionamento di una democrazia pluralista.

Basti pensare che proprio negli anni della costituente Pietro Calamandrei aveva affermato che «la libertà di stampa è come l'ossigeno e quando manca la libertà di informazione si rischia di mancare la libertà *tout court*».

La consapevolezza della veridicità di tale affermazione ha fatto sì che i Giudici costituzionali, sin dalle prime pronunce in materia *de qua* abbiano ritenuto necessario attribuire alla libertà di manifestazione del pensiero lo *status* di "fondamentale" in quanto «pietra angolare dell'ordine democratico»²⁹.

Da tali premesse ne è conseguita la gemmazione a partire dal diritto alla libera manifestazione del pensiero di ulteriori diritti riconosciuti ai consociati e ai quali viene attribuita, secondo la Consulta, una tutela al livello costituzionale.

²⁹ C. Cost., Sent. n. 84/1969, in cui i Giudici della Corte Costituzionale hanno affermato che «Non è necessario ricordare come la libertà di propaganda è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Costituzione e pietra angolare dell'ordine democratico. Già nella sentenza 22 giugno 1966, n. 87, la Corte, oltre ad inserire la propaganda nella protezione così apprestata, affermò che essa è assicurata fino al limite oltre il quale risulti lesa il metodo democratico».

Basti pensare al c.d. “diritto all’informazione”, la cui rilevanza costituzionale deriva dalla necessità di una libera opinione pubblica che concorra alla formazione della volontà generale³⁰.

Dal riconoscimento di una funzione “ordinamentale” al diritto di manifestazione del pensiero e al suo corollario del diritto all’informazione è conseguito che, con il passare del tempo, si è diffusa l’idea che ai *mass media* potesse attribuirsi la natura di servizi pubblici o, quantomeno, di servizi di pubblico interesse, in quanto volti a perseguire un interesse della collettività.

Conclusivamente, è possibile affermare che tanto i padri costituenti quanto i Giudici costituzionali hanno ravvisato la necessità di tutelare l’espressione del pensiero attraverso i mezzi di comunicazione di massa.

Tuttavia, è parso sin da subito chiaro che tali strumenti richiedessero altresì una puntuale regolamentazione, non di facile approntamento in ragione della estrema delicatezza e rilevanza degli interessi in gioco, con conseguente necessità di un bilanciamento tra gli stessi.

Nel prosieguo del presente elaborato cercheremo di comprendere come il legislatore abbia posto in essere tale attività di regolamentazione e come, in un’ottica *de iure condendo*, il legislatore di domani potrebbe affrontare le problematiche che quotidianamente vengono poste all’attenzione dei giuristi.

2.2 La L. 47/1948 e la regolamentazione della stampa

Prima di entrare nel merito dell’analisi delle fattispecie commesse mediante i nuovi mezzi di comunicazione, occorre preliminarmente fare una panoramica del quadro normativo che disciplina i singoli *media*.

Per ragioni di ordine logico e cronologico, si ritiene opportuno prendere le mosse dall’analisi della L. 8 febbraio 1948 n.47, rubricata “*disposizioni sulla stampa*”.

All’art. 1, la legge in analisi traccia il perimetro di ciò che deve intendersi per «stampa o stampato».

In particolare, detta disposizione chiarisce che debbano considerarsi stampe o stampati «tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione».

³⁰Cfr. C. Cost., Sent. n. 122/1970; C. Cost., Sent. n. 105/1972; C. Cost., Sent. n. 1/1981; C. Cost., Sent. n. 194/1987; C. Cost., Sent. n. 112/1993.

Sicché nei tempi più recenti si sono poste delle problematiche di rilievo in ragione della estrema difficoltà – *rectius* impossibilità – di ricondurre in tale defizione i periodici *online*.

Di tali questioni problematiche si avrà modo di trattare diffusamente *infra*, nel II capitolo del presente elaborato, nei paragrafi dedicati al delitto di diffamazione commesso avvalendosi del mezzo della stampa.

Altra disposizione della Legge in parola di estremo interesse ai fini del prosieguo dell'elaborato è quella di cui all'art. 13 della L. 47/1948, rubricata «pene per la diffamazione».

Il dettato di tale norma prevede(va) che nelle ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica una cornice edittale assai gravosa, in quanto si prevede la pena della reclusione da uno a sei anni che si applica congiuntamente alla pena pecuniaria.

Tale previsione, tuttavia, è stata recentemente attinta da una declaratoria di illegittimità costituzionale³¹, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della suddetta previsione sanzionatoria.

In particolare, ha avuto modo di chiarire la Corte che l'articolo 595, co.3, c.p. è conforme a Costituzione in quanto per le ordinarie ipotesi di diffamazione commesse con il mezzo della stampa o di altra forma di pubblicità prevede *alternativamente* la reclusione da sei mesi a tre anni o il pagamento della pena pecuniaria della multa.

Differentemente, la non conformità a Costituzione della previsione dell'art. 13 è dettata dal fatto che tale norma non consente al giudice di sanzionare con la pena detentiva soltanto i casi di eccezionale gravità³².

Altre norme aventi rilievo penalistico sono le disposizioni di cui agli articoli 14 e 15 della Carta costituzionale.

La prima delle citate norme, in materia di pubblicazioni destinate all'infanzia o all'adolescenza, dispone che le previsioni di cui all'art. 528 c.p.³³ si applicano anche alle

³¹ C. Cost., Sent. n. 150/2021.

³² *Ut amplius infra sub cap II.*

³³ Per cui «chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000. Alla stessa sanzione soggiace chi fa commercio, anche se clandestino, degli oggetti indicati nella disposizione precedente, ovvero li distribuisce o espone pubblicamente. Si applicano la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a euro 103 a chi:

pubblicazioni destinate ai fanciulli ed agli adolescenti, laddove siano idonee a «offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio».

All'art. 15 rubricato «pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante» per cui si applica la disciplina del succitato art. 528 c.p. anche nel caso di «stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti».

Ultima disposizione meritevole di menzione in quanto rilevante in ambito penalistico è quella di cui all'art. 16, rubricata «stampa clandestina».

Ivi si punisce la pubblicazione clandestina di giornali e altri periodici senza la registrazione prescritta dall'art. 5 della medesima legge.

La stessa pena viene prevista per la pubblicazione di stampati non periodici, dal quale non risulti il nome dell'editore né quello dello stampatore o nel quale questi siano indicati in modo non conforme al vero.

Da quanto appena riportato appare, dunque, evidente come il legislatore abbia inteso approntare un articolato apparato di sanzioni penali volte più o meno severamente le condotte illecite connesse all'attività di stampa periodica e non ritenute idonee a ledere beni giuridici meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

2.3 Media audiovisivi e televisione: una prima rivoluzione

La prima vera rivoluzione dopo l'invenzione della stampa a caratteri mobili in materia di *media* e di mezzi di comunicazione di massa può individuarsi nell'utilizzo dello strumento della radio, strumento che – come è noto – funziona grazie alla trasmissione a mezzo di onde radio nell'etere di suoni carpiti dagli apparecchi radio e, conseguentemente, fruibili dal pubblico.

Tali strumenti, utilizzati in origine per finalità belliche o di comunicazioni d'emergenza, si diffusero, nel corso del secolo scorso, a macchia d'olio nelle abitazioni

1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo; 2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità. Nel caso preveduto dal numero 2, la pena è aumentata se il fatto è commesso nonostante il divieto dell'Autorità».

civili, così determinando un radicale mutamento delle modalità di veicolare le informazioni alle masse e di fare propaganda politica.

In epoca successiva, nella seconda metà del secolo scorso, si diffuse nella società uno strumento ancor più rivoluzionario: la televisione³⁴.

Tali stravolgimenti nel mondo dei mezzi di comunicazione di massa hanno fatto sì che il legislatore abbia dovuto provvedere quanto più solertemente alla regolamentazione di questi nuovi fenomeni comunicativi.

Per evitare ogni possibile rischio correlato all'utilizzo distorto di questi potentissimi mezzi di comunicazione di massa, lo Stato italiano, con la legge 30 giugno 1910, n. 395, ha stabilito che l'attività radiofonica potesse essere esercitata in via esclusiva dal monopolista pubblico.

Tale previsione venne, peraltro, ribadita anche in seguito³⁵ e venne confermata in successivi interventi legislativi mediante i quali vennero rilasciate le concessioni – come anticipato – in esclusiva a un'unica società (che cambierà nome nel corso degli anni, sino ad assumere la – a noi ben nota – denominazione di RAI)³⁶.

Per una prima apertura ad un'informazione radiotelevisiva pluralista bisognerà attendere la L. 223/1990, c.d. "Legge Mammi", con la quale, a mente dell'art. 16 della stessa, si statuì la possibilità della concessione dell'esercizio di tali attività da parte di soggetti privati.

Con il medesimo testo normativo si è, peraltro, provveduto altresì alla riforma della disciplina del delitto di diffamazione commessa a mezzo radiotelevisione³⁷, *ut amplius infra sub cap. II*.

Infatti, per la dottrina maggioritaria, in un'ottica – condivisibilmente – massimamente rispettosa del principio di legalità e divieto di analogia, non sarebbe stato possibile applicare alla diffamazione commessa a mezzo radiotelevisione dell'aggravante prevista all'Art. 13 della legge 47/1948.

³⁴ Per un approfondimento si veda D. CHINDEMI, *Diffamazione a mezzo stampa (radio – televisione - internet)*, Giuffrè, 2006, 214;

³⁵ R. D. 2191/1924 e L. 1350/1929.

³⁶ B. TONOLETTI, *Principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva*, Giappichelli, 2003, 216.

³⁷ S. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, 2006, 349; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998, 23; P. BARTOLO, *Commento all'art. 30, l. 06.08.1990, 223*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, 893.

Ciò in quanto la radio e la televisione non rientrano certamente nella definizione di stampa di cui all'articolo 1 della suddetta legge, così profilandosi una manifesta lesione del principio di uguaglianza, in quanto condotte caratterizzate dalla medesima attitudine ad una maggiore diffusività delle provalazioni, venivano assoggettate ad un regime sanzionatorio ben differente, peraltro con esclusione dell'applicabilità dell'art. 57 c.p. in materia di responsabilità del direttore.

Proprio in ragione della sussistenza di palesi disparità di trattamento tra situazioni – se non analoghe – certamente ampiamente assimilabili, i giudici ritennero di investire, a più riprese, la Consulta, la quale, tuttavia, rigettò sempre ogni questione sollevata in ragione del fatto che riteneva opportuno demandare al legislatore gli interventi necessari alla omogeneizzazione delle differenti discipline³⁸.

Per la verità, prima della Legge Mammì il legislatore era già intervenuto mediante la L. 103/1975, rubricata “*Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*”. In particolare, a norma dell'art. 31 del predetto testo normativo era stata estesa la disciplina di cui all'art. 13 della L. 47/1948, anche alle ipotesi di diffamazione radiotelevisiva via cavo, disciplina superata e implicitamente abrogata ad opera dell'art. 30 della predetta L. 223/1990.

Detta disposizione, infatti, disciplina i profili penalistici correlati alle provalazioni a mezzo radiotelevisione.

È stato, tuttavia, osservato da più parti³⁹ come il legislatore non sarebbe riuscito a centrare l'obiettivo di elidere le disparità di trattamento tra le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa e quelle a mezzo radio e televisione.

Infatti, tale norma ha, in buona sostanza, dato vita ad un nuovo e differente assetto normativo, senza giungere ad una compiuta razionalizzazione ed omogeneizzazione dei due sistemi⁴⁰.

L'art. 30 della Legge Mammì, in particolare, al co.1 sanziona le trasmissioni aventi carattere osceno con la pena prevista per la fattispecie di reato di «pubblicazioni e spettacoli osceni», dall'art. 528 c.p., mentre a norma del co. 2 estende l'applicabilità alle

³⁸ Cfr. C. Cost., 168/1982; C. Cost., 53/1993; C. Cost., 330/1985.

³⁹ *Ex plurimis* L.N. MEAZZA, *La responsabilità penale per i reati commessi attraverso i mass media*, Tesi di laurea pubblicata su www.avvocatomeazza.com, 2009, 135; S. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, 2006, 353; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998, 80; P. BARTOLO, *Commento all'art. 30, l. 06.08.1990, 223*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, 892.

⁴⁰ G. FIORAVANTI, *Televisione, Stampa e Editoria*, in *Digesto penale*, Giappichelli, 1999, XIV, 150

trasmissioni radiotelevisive della disciplina di cui agli articoli 1441 e 1542 della L. 47/1948.

Viene, peraltro, specificato chi possano essere considerati i soggetti attivi di tali reati, individuati nel concessionario privato o pubblico e nella persona da questi delegata al controllo della trasmissione.

Al co.3 dell'Art. 30, invece, viene previsto il reato di omesso controllo sul contenuto delle trasmissioni oscene e/o pericolose per l'infanzia, ispirato Art. 57 c.p., in quanto la responsabilità penale viene ascritta a titolo di colpa al concessionario o alla persona da lui delegata che abbiano omesso di controllare i propri sottoposti.

Anche in questo caso, come per l'articolo 57 c.p., la pena prevista è quella stabilita per il reato, diminuita in misura non eccedente un terzo.

È stato osservato⁴³ come tale disciplina determini una inappropriata disparità di trattamento rispetto alla responsabilità prevista dalla legge sulla stampa, in quanto non è prevista la responsabilità per tutte le fattispecie non menzionate dai primi due commi dell'art. 30, con conseguente esclusione della responsabilità per omesso controllo nelle ipotesi di diffamazione a mezzo radiotelevisione.

Nè, d'altra parte, sarebbe possibile applicare analogicamente *in malam partem* tale istituto fuori dai casi espressamente previsti dal legislatore.

Ma la previsione che assume maggiore rilievo ai fini del presente elaborato, per come si avrà modo di analizzare più diffusamente *infra sub cap. II*, è il co. 4 dell'art. 30 della L. 223/1990 che prevede l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 13 della L.47/1948 alle ipotesi di diffamazione a mezzo radiofonico o televisivo e consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato.

In ispecie viene prevista l'equiparazione del regime sanzionatorio previsto dalla legge sulla stampa ma non a carico dell'autore della dichiarazione diffamatoria quanto in capo ai soggetti di cui al co. 1 della medesima disposizione, ovverosia al «concessionario privato o pubblico e alla persona delegata al controllo della trasmissione».

⁴¹ In materia di pubblicazioni destinate all'infanzia e all'adolescenza.

⁴² In materia di pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante.

⁴³ L.N. MEAZZA, *La responsabilità penale per i reati commessi attraverso i mass media*, Tesi di laurea pubblicata su www.avvocatomeazza.com, 2009, 135.

Per converso, per il soggetto che direttamente ha posto in essere la condotta diffamatoria, dalla lettura della *littera legis* e ad avviso della maggior dottrina, dovrebbe trovare applicazione l'ordinario regime sanzionatorio del delitto di diffamazione⁴⁴.

Un certo orientamento di legittimità ha, invero, ritenuto possibile una interpretazione estensiva di tale disciplina a tutti coloro i quali si rendano responsabili di propalazioni diffamatorie⁴⁵.

Tuttavia, non v'è chi non veda come un'interpretazione di tal fatta non possa che porsi in aperto contrasto con l'art. 25 Cost., trattandosi non tanto di una operazione di mera ermeneutica estensiva della norma quanto piuttosto di una applicazione analogica *in malam partem* della norma penale⁴⁶.

Proprio in ragione di ciò, la Suprema Corte, con pronunce⁴⁷ maggiormente rispettose dei principi imposti dalla Carta costituzionale in materia penale ha, ritenuto opportuno ribadire che gli unici soggetti che possono essere ritenuti responsabili a norma del co. 4 dell'art. 30 debbano essere quelli di cui al co. 1, con conseguente esclusione tanto dell'autore delle affermazioni diffamatorie, quanto il direttore della trasmissione.

Sicché detta disciplina deve ritenersi applicabile ad un assai ristretto novero di ipotesi. Infatti, deve escludersi che il legislatore abbia inteso prevedere un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui in quanto una simile previsione si porrebbe in radicale contrasto con quanto previsto dall'art. 27 Cost.⁴⁸.

Anche se di limitato interesse ai fini del presente elaborato, per opportuna completezza, mette conto dare atto dell'emanazione, nel 2004, della L. n. 112 (c.d. Legge

⁴⁴ In tal senso si vedano S. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, 2006, 354; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998, 81; P. BAROLO, *Commento all'art. 30, l. 06.08.1990, 223*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, 900; L.N. MEAZZA, *La responsabilità penale per i reati commessi attraverso i mass media*, Tesi di laurea pubblicata su www.avvocatomeazza.com, 2009, 137.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. I, 13 dicembre 1994, Costanzo, in Cass. pen., 1996, p. 1852.

⁴⁶ Il divieto di analogia in materia penale, corollario del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., è, d'altra parte, espressamente sancito – al livello di legge ordinaria – dall'art.14 delle disposizioni sulla legge in generale, per cui «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati». Sul punto, si vedano E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2019; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2022; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, 2020.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. I, 26 febbraio 1996, Ferrara, in Cass. pen., 1997, p. 1347; Cass. Pen., Sez. II, 23 aprile 2008, Maticena, CED 240687.

⁴⁸ Cfr. S. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, 2006, 355; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998, 82; L.N. MEAZZA, *La responsabilità penale per i reati commessi attraverso i mass media*, Tesi di laurea pubblicata su www.avvocatomeazza.com, 2009, 138.

Gasparri), in attuazione della quale è stato redatto il testo unico della radiotelevisione, promulgato l'anno successivo.

2.4 *La vera rivoluzione copernicana della multimedialità: la diffusione del world wide web*

A partire dagli anni '80 del secolo scorso in Italia si è avvertita la necessità di regolamentare il fenomeno dilagante dell'informatica in ogni settore della società.

Ciò in quanto il diritto, com'è noto, ha la funzione di disciplinare e regolare i fenomeni umani e, pertanto, almeno in astratto, dovrebbe evolversi all'unisono con la Società.

Tuttavia, molto spesso si rileva un'eccessiva sclerosi del diritto positivo e sovente si ravvisa una manifesta incapacità del Legislatore di novellare le discipline normative in maniera sufficientemente pronta a recepire i mutamenti di quest'epoca.

In particolare, non può sottacersi che, di pari passo con l'evoluzione della tecnologia e con la conseguente evoluzione della società, si è determinata una innovazione altresì nell'ambito delle attività criminali.

Diversamente dal legislatore, infatti, la criminalità ha assolto sin da subito al "dovere di aggiornamento" e di "formazione continua" imposto dai mutamenti della società dando prova di aver ben intuito le grandi opportunità di profitto nel settore informatico, prendendo di mira il mercato della rete in costante crescita.

Quanto appena affermato è ancor più vero se si guarda a ciò che sta accadendo ai giorni nostri: ad oggi il mercato di *internet* è trainato dal successo delle criptovalute come il bitcoin, ormai avente un valore estremamente elevato e, conseguentemente, attira l'attenzione della criminalità più o meno organizzata.

Da ciò è agevole comprendere che una disciplina normativa quanto più puntale è imprescindibile per la prevenzione della criminalità digitale legata all'utilizzo di nuove tecnologie e forme di comunicazione.

La criminalità dell'era digitale, infatti, commette gli illeciti ponendo in essere condotte del tutto inedite e avvalendosi di sistemi caratterizzati dalla aspatialità e dalla atterritorialità.

Ne consegue che al livello normativo si rende necessario valutare una pluralità di profili afferenti, sul versante del diritto penale sostanziale, alla positivizzazione come

“tipiche” delle condotte poste in essere dai *cyber*-criminali e, in ambito processuale, all’individuazione del *locus commissi delicti* e della giurisdizione competente.

Tale – necessaria – regolamentazione, nel nostro ordinamento, è del tutto mancata sino agli anni ‘90, in quanto solo in questi anni si è assistito ad una prima embrionale attività legislativa in materia di *cybercrime*.

In tale decennio è sostanzialmente sorta una nuova branca dell’ordinamento giuridico, caratterizzata da un nuovo profilo di complessità per i giuristi e per il legislatore, in quanto impone la conoscenza di profili tecnici assai rilevanti per l’approntamento e l’applicazione in maniera quanto più efficiente della normativa⁴⁹.

L’attività legislativa in materia di diritto penale sostanziale e processuale in ambito cibernetico ha avuto inizio in seguito alla Raccomandazione in tema di repressione della criminalità informatica adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio D’Europa nel 1989⁵⁰. L’idea di tale raccomandazione è quella di coordinare in ambito internazionale le strategie di tutela.

In particolare, il Consiglio D’Europa si è prodigato a stabilire le linee guida che i paesi dovrebbero osservare nell’attività legislativa in materia *de qua*, pur ferma restando la possibilità per ciascun paese di adottare liberamente la disciplina che meglio si concilia con le proprie tradizioni storiche e culturali⁵¹.

L’esigenza di un’azione comune e coordinata al livello sovranazionale è correlata alle caratteristiche peculiari dei crimini cibernetici, spesso caratterizzati dall’elemento della transnazionalità⁵².

È, infatti, a ognun palese che i crimini cibernetici – si pensi, in via esemplificativa, alle truffe effettuate utilizzando i *ransomware* o ai tentativi di furto di dati sensibili attraverso il *phishing* via mail – siano in grado di impattare in maniera considerevole sulla vita di ciascun consociato.

⁴⁹ L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell’informazione*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2013.

⁵⁰ Sul punto, cfr. G. TADDEI ELMI – R. ORTU – P. CIFALDI, *La Raccomandazione del Consiglio d’Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)-9 e la Legge 23 dicembre 1993 n. 547 in materia di computer crimes: una analisi comparativa*, in *Informatica e diritto*, XXII annata, Vol. V, 1996, n. 1, 113 ss.

⁵¹ Cfr. F. MAZZA, *Una nuova forma di criminalità economica: la pirateria informatica. Orientamenti dell’Unione Europea e strategie di contrasto*, in *Spunti critici in tema di nuove forme di criminalità*, a cura di AMELIO, Napoli, 2007, 40 e ss.

⁵² V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992; V. MILITELLO, *Informatica e criminalità organizzata*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1990, 81.

In ragione di ciò l'urgenza di una quanto più solerte individuazione dei più opportuni strumenti di tutela per la prevenzione di simili insidiosissime fattispecie di reato.

Ma l'attività di aggiornamento delle normative rispetto alle esigenze di general-prevenzione resesi necessarie in ragione del dilagare delle nuove forme di criminalità connesse all'utilizzo di strumenti telematici ed informatici si è manifestata sin da subito come tutt'altro che agevole.

Infatti, da un lato si riscontra una evidente difficoltà di accertamento di tali fattispecie di reato e, dall'altro lato, si ravvisa una manifesta inadeguatezza delle normative allo stato vigenti, del tutto inidonee ad arginare il dilagare del *cybercrime*.

La summenzionata raccomandazione del Consiglio D'Europa, in particolare, effettua un dicotomia tra le fattispecie di reato, distinguendo tra fattispecie che ciascuno stato dovrebbe obbligatoriamente perseguire al livello penalistico e ipotesi per le quali l'utilizzo dello strumento penale viene ritenuto meramente facoltativo, essendo rimessa alla libertà scelta di ciascuno Stato la valutazione circa l'opportunità dell'eventuale utilizzo di strumenti sanzionatori di natura amministrativa piuttosto che penale.

La cosiddetta "lista minima", contenente le fattispecie che ciascuno Stato deve obbligatoriamente perseguire penalmente, enumera tra le varie fattispecie 1) la frode informatica; 2) il falso in documenti informatici; 3) il danneggiamento di dati o programmi; 4) il sabotaggio informatico; 5) l'accesso non autorizzato ad un sistema o ad una rete informatica; 6) l'intercettazione non autorizzata con l'impiego di strumenti informatici; 7) la riproduzione non autorizzata di una topografia o di un prodotto a semiconduttori o di un programma protetto.

La "lista facoltativa", come anticipato, enumera le fattispecie il cui perseguimento mediante l'apparato sanzionatorio penalistico è rimessa alla discrezionalità di ciascun paese.

Tale lista prevede, tra le varie: 1) l'alterazione dei dati o dei programmi informatici; 2) lo spionaggio informatico; 3) l'utilizzazione non autorizzata di un elaboratore; 4) l'utilizzazione non autorizzata di un programma informatico protetto.

Il punto di vista del Consiglio D'Europa è chiaro: solo mediante politiche comuni e uniformi da parte della comunità internazionale è possibile arginare in maniera efficace il *cybercrime*.

Per la verità, il nostro ordinamento è stato tra gli ultimi in Europa ad aver percepito la necessità di adottare una legislazione *ad hoc* in materia di criminalità cibernetica.

In particolare, nel resto del mondo, sin dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso, i vari Stati avevano provveduto ad emanare le prime discipline normative in materia. Il precursore fu il legislatore del Regno di Danimarca, con la L. 229/1985, seguito dagli Stati Uniti d'America che, nel 1986 approvarono il *Computer Fraud and Abuse Act*. Nel 1987, invece, furono i parlamenti della Norvegia (attraverso la L. 54/1987) e dell'Austria (L. 605/1957) a disciplinare compiutamente la materia *de qua*. Infine, nel 1988 fu il turno della Grecia e, da ultimo, nel 1990 il Regno Unito approvò il *Computer misuse act*⁵³.

In Italia, come anticipato, è stato necessario attendere Legge n.547/1993, dal titolo «Modificazioni e integrazioni delle norme del codice penale e del codice di procedura penale in materia di criminalità informatica».

La disciplina riportata nel suddetto testo normativo è stata il frutto del confronto tra le visioni di due orientamenti dottrinari.

Per parte della dottrina⁵⁴, infatti, si rendeva necessario redigere un testo normativo apposito che regolamentasse integralmente la materia cibernetica, al pari di quanto effettuato negli Stati Uniti d'America e in Francia o, quantomeno, l'approntamento di nuove fattispecie poste a tutela di nuovi beni giuridici⁵⁵.

Per altra parte della dottrina, invece, sarebbe stato più opportuno porre in essere un'attività di aggiornamento delle normative già vigenti, apportando delle modifiche direttamente sulle fattispecie incriminatrici esistenti⁵⁶.

⁵³ R. BORRUSO – G. BUONOMO – G. CORASANITI – G. D'AIETTI, *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, 12 ss.; E. TOSI, *Computer crimes: il Computer Misuse Act 1990*, in *Rivista Penale*, n. 10/1992.

⁵⁴ D. FONDAROLI, *Osservazioni intorno ad alcune delle norme contenute nella recente normativa italiana sui computer crimes*, in L. SOLA – D. FONDAROLI (a cura di), *La nuova normativa in tema di criminalità informatica: alcune riflessioni*, CLUEB, 1995, 20; V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1992, 364 ss.

⁵⁵ In tal senso cfr. V. MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1992, 364 ss.; L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informazione nell'epoca di internet*, CEDAM, 2004, 21 ss.; V. FROSINI, *La criminalità informatica*, in *Dir. Informazione e informatica*, 1997, 488 ss.

⁵⁶ Di tale avviso, *ex plurimis*, v. F. BREGHELLA – R. BLAIOTTA, *Diritto penale dell'informatica e dei beni giuridici*, in *Cass. Pen.*, 1995, 2330.

La prevalenza di tale secondo approccio, pur con dei contemperamenti dovuti alle pressioni dell'altra parte della dottrina, ha determinato da un lato l'ampliamento del perimetro applicativo delle fattispecie di reato già penalmente sanzionate a norma di codice e, dall'altro, l'introduzione di nuove figure delittuose.

Sul primo versante, va rilevato che l'ampliamento al livello legislativo dello spettro applicativo di concetti già esistenti nel codice penale, a parere di parte della dottrina, avrebbe ampiamente facilitato l'attività dell'interprete il quale sarebbe stato esonerato dall'arduo compito di approntare delle definizioni del tutto innovative, modellate *ex novo* sulla fenomenologia informatica⁵⁷.

Tra le fattispecie di reato di nuova introduzione è opportuno menzionare, in via esemplificativa e non esaustiva, la fattispecie di cui all'art. 615-ter c.p., rubricata «accesso abusivo a un sistema informatico o telematico» o il delitto di frode informatica, previsto e punito a norma dell'art. 640-ter c.p..

D'altra parte, prima di tale intervento normativo che ha determinato l'introduzione nel nostro ordinamento di tali fattispecie specificamente volte alla repressione dei fenomeni delittuosi correlati al mondo cibernetico, per contrastare tali forme di criminalità si faceva ricorso ad artifici di dubbia legittimità, in quanto sovente si ponevano in essere delle interpretazioni estensive del perimetro delle fattispecie incriminatrici al limite con l'applicazione analogica che, come è noto, non è ammessa in materia penale.

Sicché era del tutto chiaro come vi fosse una certa urgenza di introdurre un apparato normativo che andasse a prevenire e sanzionare le condotte non agevolmente sussumibili nelle fattispecie di reato esistenti, così da ridurre le attività ermeneutiche forzate che si ponevano in evidente frizione con taluni dei principi cardine del diritto penale nel nostro ordinamento⁵⁸.

Per la verità ben tre lustri prima della L. 547/1993 *supra* citata, v'era già stato un primo embrionale intervento normativo foriero della necessità di una disciplina in materia di *cybercrime* possono individuarsi nella L. n.191/1978, pubblicata sulla Gazzetta

⁵⁷ R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 134; G. CORASANITI, *La tutela penale dei sistemi informatici e telematici*, in www.privacy.it.

⁵⁸ L. PICOTTI, *Commento alla sentenza del Tribunale di Firenze 27 gennaio 1986*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1986, 962; G. CORRIAS LUCENTE, *Informatica e diritto penale: elementi per una comparazione con il diritto statunitense*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1987, 531.

Ufficiale n. 137 del 19 maggio 1978 e concernente norme penali e processuali per la prevenzione e repressione di gravi reati.

In particolare, con l'intervento legislativo in parola si introdusse nel Codice penale la fattispecie di «attentato ad impianti di pubblica utilità» di cui all'art. 420 c.p., volta a sanzionare chiunque ponga in essere condotte volte a danneggiare o distruggere impianti di pubblica utilità, ivi compresi i sistemi informatici o telematici.

Pochi anni dopo, anche la Legge n.121/1981 diede un segnale di innovazione, provvedendo all'istituzione del centro di elaborazione dati presso il Ministero dell'Interno. Con simili interventi si iniziava, dunque, a prendere coscienza, anche nel nostro ordinamento, della necessità di provvedere ad una quanto più opportuna tutela dei dati archiviati nei sistemi informatici del settore pubblico.

Proseguendo questo *trend* legislativo, nel 1991, il legislatore intervenne in materia di pagamenti elettronici, introducendo, a norma dell'art. 12 della L. n.197/1991, fattispecie di reato volte a sanzionare l'uso indebito e la falsificazione di carte credito, oggi previste e punite dall'art. 493-ter c.p., in ragione del principio di riserva di codice.

Infine, poco prima dell'introduzione della L. n. 547/93, venne emanato il decreto legislativo n. 518 del 1992, volto all'attuazione della direttiva 91/250/CEE, in materia di tutela giuridica dei programmi per elaboratore. In tale testo normativo venivano, per la prima volta, sanzionate una pluralità di condotte di reato riconducibili nell'alveo degli illeciti informatici, come la c.d. “pirateria informatica”⁵⁹.

Ma, come anticipato, il primo vero intervento normativo “organico” in materia di criminalità digitale si è avuto con la L. 547/1993, c.d. «Legge Conso», che sarà oggetto di analisi nell'immediato prosieguo del presente elaborato.

2.4.1 *Un primo intervento organico: la L. 547/1993*

Oramai da tempo, si percepiva una sempre più pressante esigenza di una compiuta regolamentazione della materia del *cybercrime* e si riscontrava l'urgenza di approntare delle norme incriminatrici concepite *ex ante* per condotte «tecno-mediate», essendo evidente la sussistenza di peculiarità significative delle condotte caratterizzate dall'utilizzo del *computer*⁶⁰.

⁵⁹ Per una sintesi di tali interventi normativi si veda R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 130 ss.

⁶⁰ Sul punto v. R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 134 ss.; L. PICCOTTI, *La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza per le competenze penali*

Sicché si è proceduto, come anticipato, da un lato ad ampliare l'ambito applicativo delle fattispecie già previste dal codice penale in modo tale da ricomprendere, nel rispetto del principio di tassatività, anche le condotte riconducibili alla criminalità cibernetica e, dall'altro, ad introdurre delle nuove fattispecie di reato.

In via esemplificativa, con l'intervento legislativo *de quo* si è proceduto ad inserire un secondo comma all'art. 621 c.p., precisando che per «documento» si intende qualsiasi mezzo informatico e «qualunque supporto informatico contenente dati, informazioni o programmi»; in relazione al delitto di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza previsto e punito dall'art.616 c.p., è stato precisato che per «corrispondenza» si intenda, oltre che quella epistolare, telegrafica e telefonica, anche quella «informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza»; in relazione al delitto di cui all'art. 392 c.p. di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose si è estesa l'applicazione della fattispecie anche alle ipotesi in cui venga alterato, modificato in tutto o in parte un «programma informatico ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico».

Ma, come si avrà modo di apprezzare nel prosieguo, questo sarebbe stato solo il punto di partenza della legislazione in materia.

2.4.2 *La Convenzione di Budapest e la Legge di ratifica 48/2008*

Una ulteriore – e fondamentale – tappa evolutiva della legislazione dell'ordinamento italiano nel processo di aggiornamento del diritto verso una compiuta regolamentazione delle condotte connesse all'utilizzo degli strumenti cibernetici si è avuta con la ratifica della Convenzione di Budapest ad opera della Legge del 18 marzo 2008 n. 48.

Tale convenzione, approvata dal Consiglio D'Europa il 23 novembre 2001, si sostanzia in un accordo dei Paesi firmatari per una politica comune che sia idonea a contrastare le attività criminose correlate all'utilizzo di strumenti informatici o telematici.

In particolare, la Convenzione sulla criminalità informatica in parola aspira ad imporre agli stati degli standard minimi di tutela dei beni giuridici offesi e messi in

europée, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011, 842 ss.; F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra lassaize faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. Mer.*, 2004, 1733.

pericolo dai crimini cibernetici e un livello minimo essenziale comune di strategie volte a contrastare e prevenire la commissione di simili illeciti.

È, infatti, sin da subito parso di cristallina evidenza che la natura sovente transnazionale di dette fattispecie imponesse un'armonizzazione delle discipline dei vari Paesi e una collaborazione fra gli organi inquirenti e di polizia degli stessi⁶¹.

Per perseguire tale ambizioso obiettivo, la Convenzione si prodiga a fornire le coordinate essenziali per orientarsi nel complesso mondo del *cybercrime*, fornendo quanto più dettagliate definizioni imprescindibili per l'analisi della materia informatica.

Viene, in specie, chiarito cosa si intende per «sistema informatico», «dati informatici», «*service provider*» e «trasmissione dati»⁶².

Tale attività definitoria è, all'evidenza, prodromica alle modifiche apportate alle legislazioni nazionali, che investono tanto la parte sostanziale del diritto penale quanto il versante processuale.

Per quanto attiene al versante del diritto penale sostanziale e, in specie, alla parte speciale dello stesso, la Convenzione di Budapest individua quattro categorie di fattispecie di reato.

Nella tetrade in parola vengono annoverati: 1) i reati contro la riservatezza, concernenti la raccolta, la memorizzazione, l'alterazione, la divulgazione e la diffusione di dati personali; 2) i reati relativi ai contenuti, in via esemplificativa quelli afferenti alla pornografia minorile; 3) i reati relativi all'integrità e alla disponibilità dei dati e dei sistemi informatici; 4) i reati contro la proprietà intellettuale.

Sul versante procedurale, la Convenzione indica i mezzi che gli Stati devono prevedere nel loro ordinamento per contrastare efficacemente al livello investigativo il

⁶¹F. RESTA, *Cybercrime e cooperazione internazionale nell'ultima legge della legislatura*, in *Corriere del Merito*, 2008.

⁶²Convenzione di Budapest, Art. 1: «Ai fini della presente Convenzione: a. "sistema informatico" indica qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica di dati; b. "dati informatici" indica qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione; c. "service provider" (fornitore di servizi), indica: 1. qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico; 2. qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio; d. "trasmissione di dati" indica qualsiasi informazione computerizzata relativa ad una comunicazione attraverso un sistema informatico che costituisce una parte nella catena di comunicazione, indicando l'origine della comunicazione, la destinazione, il percorso, il tempo, la data, la grandezza, la durata o il tipo del servizio».

fenomeno del *cybercrime* e gli strumenti processuali più opportuni e idonei sotto il profilo della raccolta delle prove.

In tale ottica, la Convenzione indica le misure necessarie per consentire alle competenti autorità di recuperare e conservare rapidamente e secondo le opportune forme sacramentali i dati informatici, onde garantirne l'integrità e l'immodificabilità degli stessi.

Alla sottoscrizione della Convenzione ha fatto seguito la stipula di due Protocolli aggiuntivi: l'uno volto alla criminalizzazione degli atti di natura razzista e xenofoba commessi a mezzo di sistemi informatici, firmato a Strasburgo nel 2003⁶³ e l'altro in ambito di cooperazione in materia di criminalità informatica e di raccolta di prove in formato elettronico di qualsiasi reato ai fini di specifiche indagini penali o procedimenti⁶⁴, siglato a Strasburgo nel 2022.

In particolare, tale ultimo protocollo ha ad oggetto le misure giuridiche da adottare a tutela dei diritti umani fondamentali, affrontando la tematica della cooperazione diretta con i fornitori di servizi e gli uffici di registrazione dei domini, le procedure da attuare al fine di ottenere, in tempi quanto più contingentati, le generalità degli utenti e i dati relativi al traffico in rete.

Viene, peraltro, ribadita l'imprescindibilità di una serrata collaborazione e mutua assistenza tra Stati in caso di indagini che coinvolgano più parti.

Il protocollo impone altresì l'approntamento di un canale *ad hoc* per una cooperazione quanto più immediata nelle ipotesi di segnalazioni di azioni criminose potenzialmente lesive dei diritti fondamentali dell'uomo, prevedendo delle procedure di emergenza per la prevenzione e la quanto più alacre repressione di tali condotte delittuose assai insidiose.

Fatta tale doverosa premessa, mette conto analizzare le direttrici della, già richiamata L. 48/2008 con la quale, per l'appunto, si è provveduto alla ratifica della appena analizzata Convenzione di Budapest in materia di criminalità informatica.

⁶³Treaty NO. 189, *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*.

⁶⁴ Il protocollo in parola è stato sottoscritto, nel maggio de 2022 dai rappresentanti di numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa, quali Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Islanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Montenegro, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Serbia, Spagna e Svezia, e da Stati non membri, quali Cile, Colombia, Giappone, Marocco e Stati Uniti.

A parer di taluni⁶⁵, l'approvazione di tale testo normativo così delicato è stata posta in essere in un momento politico poco propizio, in quanto avvenuta in periodo di *prorogatio* e in un momento assai prossimo allo scioglimento delle Camere parlamentari⁶⁶.

Anche sotto il profilo dei contenuti parte della dottrina è rimasta assai insoddisfatta in quanto, dopo ben sette anni di attesa, ci si sarebbe aspettato dal legislatore un articolato normativo ben più completo e ponderato⁶⁷.

La legge di ratifica, attenendosi ai principi cardine enunciati dalla Convenzione, ha determinato un generale inasprimento delle sanzioni penali in materia *de qua*, l'approntamento di fondi *ad hoc* per la lotta alla pedopornografia e per garantire la sicurezza delle infrastrutture informatiche di interesse nazionale, l'introduzione di nuovi mezzi di indagine per le forze di polizia e, infine, una maggior attenzione della normativa alla tutela dei dati personali⁶⁸.

Per sopperire ai vuoti di tutela e alle interpretazioni ai limiti dell'applicazione analogica delle fattispecie già esistenti, il legislatore si è prodigato a modificare il Titolo XIII del Libro II del codice penale, modificando le fattispecie introdotte ad opera della L. 547/1993, tra le quali quelle previste e punite dagli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinqes* c.p..

È stato, altresì attinto da modifiche l'art.491-*bis* c.p., rubricato "documenti informatici".

In specie, l'art. 3, co. 1, lett. b), della L. 48/2008 ha disposto l'abrogazione del secondo comma della disposizione per cui «documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli», con conseguente riespansione della *lex generalis* di cui all'art. 1, lettera p) del D.Lgs. 82/2005⁶⁹ per cui si intende come

⁶⁵ C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Dir. Internet*, n. 5/2005, 441 ss.; C. FATTA, *Antiterrorismo e data retention*, in *Dir. Inf. e informatica*, 2008, 403.

⁶⁶ R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 143.

⁶⁷ Cfr. S. ATERNO – G. CORASANITI – G. CORRIAS LUCENTE, *L'attuazione della convenzione europea sul cybercrime, commento alla legge 18 marzo 2008 n.48*, CEDAM, 2009, 69 ss.

⁶⁸ G. NERI, *Criminologia e reati informatici. Profili di diritto penale dell'economia*, Jovene, 2014; L. CUOMO – R. RAZZANTE, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Giappichelli, 2009.

⁶⁹ Codice dell'amministrazione digitale.

documento informatico la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

Sul versante processual-penalistico, invece, la novella attinge la materia investigativa e dei mezzi di prova, disciplinando compiutamente le attività di perquisizione e sequestro dei dati informatici, ribadendo l'imprescindibilità della genuinità della prova digitale e dettando le misure più opportune per la conservazione e intangibilità dei dati informatici aventi finalità probatorie.

Ma gli interventi di novella apportati dalla L. 48/2008 non si esauriscono qui.

È stata, infatti, attinta da modifiche altresì la disciplina della responsabilità da reato degli enti di cui al D.Lgs. 231/2001.

In particolare, a mente dell'art. 24-bis, si è provveduto ad introdurre i reati informatici nel catalogo dei reati presupposto di cui alla parte speciale del decreto, sicché anche le persone giuridiche, ad oggi, possono essere perseguite per tali condotte innanzi al giudice penale.

2.4.3 *Gli interventi legislativi dell'Unione Europea in materia di Cybercrime*

In tempi ancor più recenti, in ragione della innegabile portata sovranazionale del fenomeno del *cybercrime* che, come anticipato, è caratterizzato dalla aspatialità – con la conseguenza che si rende necessario un coordinamento delle normative dei vari paesi – anche l'Unione Europea ha provveduto ad implementare la disciplina della cooperazione tra gli Stati in materia di criminalità cibernetica.

L'attività normativa dell'Unione in materia *de qua* è stata assai florida e variegata per due ordini di ragioni. Da un lato, infatti, si percepiva la necessità di accrescere la consapevolezza dei principali rischi connessi alla *cybersecurity* e, dall'altro, la necessità di migliorare l'attitudine degli stati membri a reagire contro gli attacchi informatici⁷⁰.

Un primo intervento si è avuto con la Decisione Quadro 2005/222/GAI del Consiglio dell'Unione Europea in materia di attacchi contro i sistemi di informazione. Tale Decisione, volta a proseguire il progetto della sopra menzionata Convenzione di Budapest⁷¹, è in buona sostanza un «documento complementare», alquanto differente dalla Convenzione in punto di approccio, tematiche e contenuti⁷². Essa è stata, in seguito,

⁷⁰ P. FALLETTA – M. MENSI, *Il diritto del web. Casi e materiali*, CEDAM, 2015.

⁷¹ R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 75.

⁷² R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 75.

superata dalla Direttiva 2013/40/UE, volta a stabilire norme minime per la definizione dei reati e delle sanzioni nel settore degli attacchi contro i sistemi di informazione, rimodellando altresì il ruolo dell'Eurojust e dell'Europol in materia di sicurezza delle reti informatiche.

Altro atto assai rilevante in materia *de qua* è la Comunicazione della Commissione Europea COM-2007-267, volta a 1) implementare e agevolare il coordinamento tra le unità e gli organismi che nei vari stati membri si occupano di repressione della criminalità cibernetica; 2) elaborare un quadro politico coerente all'interno dell'Unione Europea in materia *de qua*; 3) sensibilizzare circa i costi e i pericoli correlati al dilagare della criminalità di tal fatta⁷³.

Sempre nell'ambito della normativa di matrice sovranazionale, pare opportuno menzionare altresì il pacchetto di direttive emanate nel 2002 in materia di comunicazioni elettroniche, modificate dalla Direttiva 2009/140/CE e la Direttiva 2009/136/CE volta ad imporre agli stati membri l'approntamento di misure che garantiscano la sicurezza delle reti.

Il primo vero *corpus* organico di norme in materia di *cybersecurity* di matrice europea è stato, invero, la Direttiva 2016/1148/UE, meglio conosciuta come Direttiva NIS (*Network and Information Security*), in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi dell'Unione al fine di assicurare una protezione minima comune, delle reti e dei sistemi, garantendo la continuità dei servizi essenziali e digitali in ambito privato e pubblico.

I fondamenti, posti alla base della strategia in materia di *cybersecurity*, vanno ricercati in un approccio coordinato tra Stati e in un aumento della consapevolezza dei rischi correlati alla diffusione della cibernetica in ogni ambito della società.

La direttiva in parola si riferisce a due categorie di soggetti: gli operatori dei "servizi essenziali", ovverosia i soggetti pubblici e privati che offrono i servizi come quello sanitario o delle energie e gli operatori in materia di "servizi digitali", ossia le persone giuridiche che offrono prestazioni quai l'*e-commerce* e *cloud computing*.

In particolare, vengono previste delle procedure di intervento che le autorità competenti degli Stati membri sono tenute ad adottare in caso di «incidenti informatici»

⁷³ C. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Giuffrè, 2010.

per tali intendendosi qualsiasi evento che possa mettere in pericolo la sicurezza globale della rete.

Con il dilagare della pandemia da COVID-19, peraltro, il necessitato ricorso agli strumenti informatici per fronteggiare le limitazioni alla libertà di movimento ha portato ad una “digitalizzazione forzata” che ha imposto, anche al livello europeo una ulteriore implementazione normativa⁷⁴.

Sicché a distanza di appena due anni dalla scadenza del termine per il recepimento della appena citata direttiva NIS – già si ragiona circa la opportunità di un ulteriore atto normativo primario di matrice europea in materia *de qua*: una direttiva “NIS 2”, che tenga conto delle lacune da colmare, e della necessità di una immediata entrata in vigore di una normativa quanto più incisiva ed efficace in materia di *cybersecurity*⁷⁵.

Si rende, infatti, necessario approntare una strategia comune che salvaguardi un «internet globale e aperto»⁷⁶ che garantisca, da un lato, sicurezza ai dati presenti in rete e agli internauti e, dall’altro, che preservi i valori fondanti l’Unione.

La nuova strategia dovrebbe articolarsi in tre aree d’azione: 1) resilienza, sovranità tecnologica e *leadership*; 2) prevenzione, dissuasione e risposta alle minacce, promozione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in rete, creazione di norme *standard* internazionali; 3) promozione di uno spazio cibernetico comune che sia globale e aperto, garantendo la protezione dei servizi e delle infrastrutture informatiche strategiche.

Una proposta di Direttiva NIS 2 licenziata dalla Commissione ambisce all’implementazione della citata Direttiva 2016/1148, ossia la Direttiva NIS, prevedendo l’estensione del campo di applicazione della stessa a nuovi settori ritenuti strategici⁷⁷ e l’abrogazione della distinzione tra operatori di servizi essenziali e fornitori di servizi digitali.

Secondo tale proposta di direttiva si intende, infatti, differenziare i vari operatori solo in ragione della importanza degli stessi, prevedendo differenti regimi di vigilanza in base alla qualificazione attribuita.

⁷⁴ M. MATAFUNO, *National Cybernetic security perimeter and NIS directive*, 2020, disponibile su www.iusinitinere.it.

⁷⁵ L. TOSONI, *Verso una direttiva NIS 2 che cambia con le proposte della Commissione UE*, 2020, disponibile su www.cybersecurity.it.

⁷⁶ R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 94.

⁷⁷ In via esemplificativa: servizi postali, gestione dei rifiuti, produzione e distribuzione di prodotti chimici e alimentari, produzione di dispositivi medici ed apparecchiature elettroniche.

Unitamente a quella appena riportata è stata presentata altresì una proposta relativa alla resilienza dei soggetti critici e degli operatori che erogano i servizi essenziali per la collettività. In tali categorie rientrano a pieno titolo i nosocomi, le reti di trasporto delle energie, le reti ferroviarie, i centri dati, le pubbliche amministrazioni, i laboratori di ricerca scientifica e via discorrendo.

Tale proposta di direttiva aspira a garantire che le autorità competenti in materia adottino misure complementari e scambino informazioni fra loro e che gli enti operanti in settori essenziali siano tenuti ad essere quanto più resilienti⁷⁸.

In conclusione, si può affermare che il legislatore europeo stia cercando di rispondere sul piano normativo alla dilagante digitalizzazione dei mercati e all'incremento esponenziale dei rischi per la sicurezza delle reti in quanto una legislazione di tal fatta, nell'ottica della Commissione, potrebbe portare ad un risparmio dei costi correlati alla sicurezza informatica per 11,3 miliardi di euro⁷⁹.

Ulteriori normative di matrice europea – di estremo interesse ai fini dell'elaborato sono, via via, state emanate nel corso degli anni (e saranno precipuo oggetto di analisi nel prosieguo dell'elaborato), a conferma del fatto che ad oggi, l'interprete si trovi all'interno di un vero e proprio *network* normativo multilivello.

2.4.4 Il D.P.C.M. 131/2020 sul perimetro di sicurezza cibernetica nazionale

Va, incidentalmente, fatta menzione del D.P.C.M. 131/2020 che, nel solco di quanto previsto ad opera del D.L. 105/2019⁸⁰, ha disciplinato il c.d. “Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica”.

L'obiettivo è quello di definire, da un lato, le modalità e i criteri di individuazione degli enti pubblici e privati e, dall'altro, i principi secondo cui tali soggetti devono approntare gli elenchi delle reti e dei sistemi informatici dagli stessi gestiti ed utilizzati per le proprie attività.

Il Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica⁸¹ ricomprende due categorie di soggetti: 1) quelli che esercitano funzioni essenziali dello Stato, ovverosia tutti gli organi

⁷⁸ L. PICOTTI, *Newsletter Osservatorio Cybercrime n. 12/2020*, su www.dirittodiinternet.it; A. VALERIANI, *NIS 2: verso una nuova strategia in ambito cybersecurity*, su www.iusinitinere.it.

⁷⁹ R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 97.

⁸⁰ L. PICOTTI, *Cybersecurity: quid novi?*, in *Dir. Internet*, 2020, n.1, 11 ss.

⁸¹ T. GORI, *Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica: dalla forma alla sostanza*, su www.federprivacy.org; S. MELE, *Il perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica*, in *Dir. Internet*, 1/2020, 17 ss.

posti a garanzia della continuità dell'azione del Governo e delle istituzioni repubblicane, della sicurezza e della difesa dello Stato, delle relazioni internazionali, tutti i soggetti operanti nell'amministrazione della giustizia e nel settore dei trasporti essenziali; 2) quelli che prestano servizi essenziali per gli interessi dello Stato, con tale locuzione intendendosi tutti i soggetti pubblici o privati che prestino attività strumentali all'esercizio di funzioni essenziali dello Stato, necessarie per la continuità degli approvvigionamenti necessari per il funzionamento delle strutture logistiche, necessarie per il godimento dei diritti fondamentali, necessarie per le attività di ricerca anche ai fini di garantire l'autonomia strategica nazionale⁸².

Tali soggetti soggiacciono a peculiari obblighi quale, ad esempio, l'obbligo di approntare annualmente un elenco degli *asset* strategici al fine di garantire la fornitura dei servizi essenziali e delle funzioni essenziali che sono tenuti a prestare.

In relazione a tali *asset* gli stessi devono, peraltro, porre in essere tutto quanto necessario a far sì che sussistano elevati livelli di sicurezza.

Inoltre, è imposta la segnalazione di ogni evento rilevante o critico al *Computer Security Incident Response Team* attivo presso l'Agenzia Nazionale per la Cybersicurezza.

A completamento del quadro normativo, va segnalato come il DPCM 14 aprile 2021, n. 81, abbia disciplinato nel merito le misure di sicurezza che i soggetti che soggiacciono alla disciplina in parola sono tenuti ad approntare e le modalità di reportistica degli incidenti occorsi.

2.4.5 *Il Regolamento 2065/2022 - "Digital Services Act"*

Di estrema rilevanza ai fini dell'elaborato in esame, preme analizzare il nuovo Regolamento UE 2022/2065 in materia di mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*).

Detto regolamento, per quel che è di interesse va a modificare ed integrare la Dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, analizzata *infra sub cap. II*, nei paragrafi relativi alle responsabilità dei *providers*, attuata nel nostro ordinamento mediante il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

⁸² R. RAZZANTE – A. CRISTALLINI, *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022, 178

Entrando nel merito delle previsioni del Regolamento, occorre evidenziare come il DSA preveda degli statuti di responsabilità differenti in base alla dimensione al tipo di attività svolta dai singoli *providers*⁸³.

Per quanto attiene ai fornitori di servizi di mera intermediazione il regolamento non contiene novità particolari, tanto che riprende la distinzione tra *mere conduit*, *caching* e *hosting provider* introdotta dalla Dir. 2000/31/CE, *amplius infra* analizzata.

Esso ribadisce, peraltro, l'insussistenza di un generale dovere di sorveglianza e la conseguente esenzione da qualsivoglia responsabilità per gli intermediari che si limitino a porre in essere attività "neutrali", di mero trasporto o di memorizzazione dei dati.

Rispetto alla direttiva sul commercio digitale va, tuttavia, rilevato un ampliamento dei doveri di collaborazione di cui sono onerati gli ISP.

Il Regolamento, all'art. 7, precisa, peraltro, che gli ISP non potranno andare esenti da responsabilità per il sol fatto che l'operatore ponga in essere "in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie" ovvero adotti "misure volte a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali".

Entrando nel merito della disciplina delle responsabilità degli *hosting provider*, va, invece, rilevato che a norma dell'art. 6, il regolamento, riproducendo l'art. 14 della Dir. 2000/31/CE, statuisce che l'*hosting provider* non risponde della memorizzazione di materiali illeciti, a condizione che esso non sia effettivamente a conoscenza della illiceità della comunicazione e non appena a conoscenza, "agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi".

Ma v'è di più.

All'art. 16, viene, infatti, previsto che tali ISP debbano adottare procedure di *notice* dirette a garantire il sollecito *take down* dei contenuti segnalati dagli utenti.

Detta disposizione chiarisce che le segnalazioni sono idonee a far acquisire «conoscenza o consapevolezza effettiva [*al provider* a patto che] consentano a un prestatore diligente [...] di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato».

Appare, dunque, palese l'ottica del Regolamento in esame, volto a garantire una maggior tutela dei diritti degli utenti del *web*, prevedendo degli oneri per gli *host*

⁸³ S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 3/2023, p. 367.

providers, tenuti ad adottare meccanismi di segnalazione e rimozione e di attivarsi in seguito alle segnalazioni ricevute.

3. L'importanza di un quadro d'insieme

Con il capitolo in parola si è inteso, da un lato, dare una panoramica della rilevanza della regolamentazione giuridica dei fenomeni peculiari dell'era digitale e, dall'altro, fornire al lettore un quadro complessivo dell'evoluzione normativa in materia *de qua*.

Prima di entrare nel merito delle peculiarità e delle problematiche connesse alle fattispecie di reato correlate all'utilizzo dei nuovi media e del mondo cibernetico si rende, infatti, imprescindibile comprendere quale sia il reticolato normativo – non solo penale – che disciplina la materia.

Si vedrà, infatti, che l'attività di legislazione penale della materia in esame sconta la necessità di fare rinvio a norme extra-penali, spesso aventi finalità definitorie, che vanno ad integrare – *rectius* completare – il precetto, così dando sostanza – ed intellegibilità – a quello che è il perimetro applicativo delle norme stesse.

Sicché, senza pretese di completezza e senza ambizioni di analiticità, per ragioni di opportunità, si è ritenuto chiarire quali siano le direttrici della materia per poter, una volta conclusa tale premessa propedeutica al prosieguo, analizzare *funditus* la disciplina dei reati connessi al mondo multimediale.

Capitolo II

IL DIRITTO PENALE E I MEZZI DI COMUNICAZIONE: LA TUTELA DELL'ONORE, DELLE OPERE D'INGEGNO E DELLA PRIVACY NELL'ERA DEI MASS MEDIA

1. Il diritto penale nel mondo dei media: dalla radio-televisione ai *social network*

Nel capitolo che precede si è avuto modo di comprendere quanto profondamente la società sia mutata con l'avvento di nuove forme di comunicazione.

Se, infatti, la comunicazione di massa degli albori era – almeno in origine – fruibile solo dai soggetti più abbienti, con la diffusione a buon mercato di strumenti quali le radio e le televisioni si è assistito ad un mutamento dei paradigmi comunicativi della società con le masse.

Atteso che, come si è a più riprese avuto modo di sottolineare, il diritto è chiamato a regolare i fenomeni umani e sociali e, in particolare, il diritto penale è chiamato a regolamentare e sanzionare i comportamenti umani lesivi dei beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, il legislatore si è trovato nella necessità di dover porre in essere una imponente opera di novella dell'apparato normativo penalistico, onde poter sanzionare – nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività cogenti in ossequio all'art. 25 della Costituzione – quelle condotte connotate dall'utilizzo dei peculiari strumenti di comunicazione del nuovo millennio che fossero o *tout court* non sanzionabili a norma dell'apparato legislativo già esistente o sanzionabili in maniera non particolarmente adeguata, in via esemplificativa, in ragione della maggiore attitudine lesiva delle condotte poste in essere attraverso i mezzi di comunicazione di massa.

Nella prima categoria di fattispecie concrete possono ricomprendersi, in via esemplificativa, le condotte di sottrazione della corrispondenza telematica: in assenza di una previsione *ad hoc*, una corretta applicazione dei corollari del principio di legalità avrebbe dovuto portare a ritenere non punibili le condotte atipiche di sottrazione o soppressione di una corrispondenza che non fosse fisica.

Sicché, ad opera della L. 547/1993, il legislatore si è prodigato di ampliare il perimetro applicativo dell'art. 616 c.p. per conformarlo alle esigenze di tutela delle nuove forme di comunicazione telematica.

Sotto altro profilo, invece, come parzialmente anticipato, si è riscontrato che, in talune ipotesi, l'ordinamento aveva già approntato delle fattispecie tipiche volte a sanzionare determinate condotte ma che, in ragione della maggiore attitudine lesiva dei beni giuridici nel caso di utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione di massa, sarebbe stato opportuno prevedere un differente trattamento sanzionatorio, maggiormente congruo e proporzionato alla gravità di dette condotte sì peculiarmente connotate.

Un esempio lampante della necessità di novellare le fattispecie già esistenti, prevedendo delle aggravanti *ad hoc* da applicare in caso di utilizzo da parte del soggetto agente di *mass media*, è quello della fattispecie delittuosa di diffamazione, la cui cornice edittale, con l'avvento degli strumenti della stampa periodica e, ancor più della radio-televisione, si rivelava eccessivamente esigua per la sanzione di condotte connotate da una attitudine lesiva ben più deflagrante rispetto a quelle commesse con altri strumenti di comunicazione o mezzi di pubblicità.

A tale esigenza di una maggiore severità delle previsioni sanzionatorie *in materia de qua*, il legislatore ha risposto con delle aggravanti speciali, previste dalla L. 47/48 in materia di stampa periodica e L. 223/1990 in materia di radio-televisione, con cornice edittale autonoma, volte a sanzionare in maniera draconiana le condotte di diffamazione mediante attribuzione di un fatto determinato commesse con i succitati mezzi di comunicazione.

Negli ultimi 20 anni, con il dilagare dei *social network* ci si è interrogati ulteriormente circa gli eventuali limiti delle fattispecie allo stato vigenti e circa l'idoneità delle stesse a reprimere i nuovi fenomeni criminali correlati all'utilizzo di tali nuovi espedienti comunicativi.

Quanto sin qui evidenziato è sufficiente a comprendere l'estrema rilevanza di una costante attività di aggiornamento dell'apparato normativo dell'ordinamento onde sopperire ai *gap* sussistenti tra lo stesso e le condotte criminose che possono essere commesse attraverso i nuovi strumenti tecnologici.

2. I delitti contro l'onore nell'era multimediale

2.1 Il delitto di diffamazione

Il legislatore del 1930, come è noto, ha posto le fattispecie di reato della parte speciale del codice penale in *climax* discendente in base al bene giuridico di cui le stesse sono poste a presidio e tutela.

Sicché nel Libro II, dei delitti, all'interno del Titolo XII, dei delitti contro la persona, al Capo II, vengono collocati i delitti "contro l'onore"¹.

¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. II, Tomo I*; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1995, 269 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale, Parte Speciale, I*, CEDAM, 2022; G. LE PERA – T. MARTINA, *Onore e reputazione. Necessità di un ritorno alla tipicità dell'oggetto di tutela nell'ingiuria e nella diffamazione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2549 ss.

Ivi si rinvencono le fattispecie di reato poste dal legislatore a tutela della sfera morale e sociale dei consociati².

Per vero, due sole sono le fattispecie di reato previste originariamente dal legislatore: il delitto di diffamazione, previsto e punito ai sensi dell'art. 595 c.p. e la fattispecie – oggi depenalizzata ad opera del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7³ – di cui all'art. 594 c.p., l'ingiuria.

Tale fattispecie era volta a sanzionare la condotta di chiunque offendesse l'onore o il decoro di una persona presente.

La stessa, dunque, differiva dalla fattispecie *infra* analizzata della diffamazione in ragione della presenza della persona offesa e in ragione della non necessarietà, ai fini dell'integrazione della fattispecie, della comunicazione a più persone, circostanza questa che veniva qualificata come circostanza aggravante ad effetto comune⁴.

La fattispecie d'interesse ai fini del presente elaborato – in quanto spesso commessa mediante l'utilizzo di strumenti di comunicazione e attraverso vari *media* – è quella di cui all'art 595 c.p., rubricata “Diffamazione”.

Tale fattispecie, al primo comma, sanziona con la reclusione fino a un anno o, in alternativa, con la multa fino a €1.032, chiunque, in presenza di più persone, leda la reputazione di un consociato.

Al secondo comma il legislatore ha previsto una circostanza aggravante indipendente, che sanziona la diffamazione mediante attribuzione di un fatto determinato con la pena pecuniaria della multa fino ad euro 2065,00 o, in alternativa della reclusione fino a due anni.

² D. SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto pen.*, VIII, UTET, 1993, 33 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Art. 595*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, vol. XI, Giuffrè, 2010, 664 ss.; F. SCUTELLARI, D. PROVOLO, *Art. 595*, in *Comm. FORTI-SEMINARA-ZUCCALÀ*, 6a ed., CEDAM, 2017, 1901 ss.; A. GULLO, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in VIGANÒ-PIERGALLINI (a cura di), in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2015, 154 ss.; G. SALCUNI, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona*, (a cura di) MANNA, CEDAM, 2007, 371 ss.; V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social network*, UTET, 2016, 5 ss..

³ Decreto legislativo del 15 gennaio 2016, n.7, art. 1: “*Abrogazione di reati: 1. Sono abrogati i seguenti articoli del codice penale: a) 485; b) 486; c) 594; d) 627; e) 647*”. Ad oggi, dunque, il soggetto che ponga in essere delle condotte ingiuriose sarà perseguibile unicamente sul piano civilistico, ben potendo la persona offesa citare l'offensore innanzi al giudice civile onde richiedere, previo accertamento della responsabilità del soggetto contro cui è stata instaurata l'azione, che allo stesso sia applicata una sanzione di natura pecuniaria e che questi provveda alla corresponsione di un risarcimento dei danni patiti.

⁴ Cfr. art. 594 co.4.

Al terzo comma, invece, per come si vedrà *infra*, è prevista una sanzione ancor più severa. Si prevede, infatti, che il soggetto che ponga in essere l'offesa "col mezzo della stampa, o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico", sia punito con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni ovvero di una multa non inferiore ad euro 516,00.

La maggior gravità di tale fattispecie rispetto a quella depenalizzata di ingiuria deve ricondursi al fatto che nelle ipotesi delittuose di diffamazione il soggetto che subisce l'offesa è assente e, conseguentemente, non ha alcuna possibilità difendersi dalla propalazione lesiva della propria onorabilità.

Il bene giuridico tutelato⁵ dal legislatore attraverso la fattispecie in parola è quello della reputazione, intesa come posizione che il consociato ricopre all'interno della società, coinvolgendo, dunque, l'integrità morale e personale del soggetto.

Sul punto la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che la reputazione «non risiede in uno stato o sentimento individuale, indipendente dal mondo esteriore, né tanto meno nel semplice amor proprio: la reputazione è il senso di dignità personale nell'opinione degli altri, un sentimento limitato dall'idea di ciò che, per la comune opinione, è socialmente esigibile da tutti in un dato momento storico»⁶.

Può, in un certo qual senso, affermarsi, dunque, che il delitto di diffamazione è posto a tutela del riflesso oggettivo dell'onore, della considerazione che un soggetto vanta nella società⁷.

Trattasi di un reato comune che, dunque, può essere commesso da qualunque consociato, pur tuttavia essendo previste delle peculiari discipline nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia peculiarmente connotato sotto il profilo della qualifica soggettiva⁸.

Il delitto di diffamazione è un reato a forma libera, con la conseguenza che lo stesso può ritenersi integrato a prescindere dal mezzo utilizzato ai fini della propalazione, che si tratti di mezzo verbale, scritto o figurativo.

⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, 5° ED., UTET, 1985, 629; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, 1992, 159 ss.

⁶ Cass. Pen., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 3247.

⁷ S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 2.

⁸ Si pensi alle ipotesi di concorso del direttore responsabile del periodico nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa.

Sotto il profilo dell'elemento materiale, ai fini dell'integrazione della fattispecie, devono sussistere tre *essentialia*: come anticipato, l'assenza del soggetto il cui onore viene leso, la comunicazione a più persone, anche se asincrona e, ultimo ma certamente non per rilevanza, l'offesa dell'altrui reputazione.

Tale ultimo elemento – più che essenziale – della fattispecie, impone dunque che, per l'integrazione del reato in esame, che si presenta come fattispecie di pericolo concreto, debba determinarsi la effettiva messa in pericolo dell'altrui onorabilità “alla luce dei canoni etici della generalità dei consociati”, sicché devono intendersi penalmente rilevanti tutte le propalazioni qualificabili come disonorevoli rispetto alla *communis opinio*⁹.

L'elemento della comunicazione “con più persone”, invece, deve ritenersi integrato laddove detta propalazione raggiunga più di un consociato, sicché, per quel che è di interesse ai fini della presente analisi della materia, è chiaro che la maggior parte delle comunicazioni che abbiano luogo *online* possano considerarsi avvenuta tra più persone¹⁰.

Nel solco di un proprio precedente orientamento, la Suprema Corte ha recentemente precisato che la diffusione di una notizia attraverso un mezzo di comunicazione di massa, tra cui nell'ottica dei giudici di legittimità devono necessariamente annoverarsi a pieno titolo i siti *web*, si presume fino a prova contraria idonea a raggiungere più persone.

L'accesso a tali piattaforme è, infatti, sovente libero, con la conseguenza che «l'immissione di notizie o immagini in rete integra l'ipotesi di offerta delle stesse “*in incertam personam*”, implicandone la fruibilità da parte di un numero solitamente elevato ma difficilmente accertabile di utenti; ne consegue che il moto di diffamazione via web non si consuma nel momento e nel luogo in cui terzi percepiscano l'espressione ingiuriosa bensì nel momento dell'immissione in rete dei contenuti lesivi»¹¹.

Per quanto attiene, invece, all'elemento soggettivo, il delitto di diffamazione è punibile, nell'ottica della dottrina e della giurisprudenza prevalenti, a titolo di dolo generico, sicché è sufficiente che sussista la piena rappresentazione e volizione degli elementi costitutivi dello stesso.

⁹ Cass. Pen., Sez. V, 29 ottobre 2008, n. 40359.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875.

¹¹ Cass. Pen., Sez. V, 21 giugno 2006, n. 25875.

Conseguentemente, non è necessario un precipuo accertamento dell'*animumus diffamandi*¹², essendo sufficiente verificare che il soggetto agente abbia scientemente e volontariamente formulato la propalazione diffamatoria alla presenza o all'indirizzo di almeno due persone.

Dopo aver, chiarito le linee generali della fattispecie in esame, occorre entrare nel merito delle peculiari ipotesi di diffamazione commesse avvalendosi di differenti *media*.

2.2 La diffamazione a mezzo stampa

Da quanto sin qui esposto, appare chiaro che i *mass media* siano uno dei fenomeni maggiormente caratterizzanti l'età contemporanea, avendo gli stessi pressoché monopolizzato l'informazione.

Ragioni cronologiche, ancor prima che logiche, impongono di prendere le mosse dall'analisi di quella che può definirsi l'archetipo dei delitti commessi attraverso l'utilizzo di un *medium*: la diffamazione a mezzo stampa.

Parte della dottrina, per vero minoritaria, ritiene che tale fattispecie si ponga in rapporto di specialità rispetto alla diffamazione semplice di cui al co.1 dell'art. 595 c.p.¹³, assumendo la qualificazione di fattispecie autonoma di reato.

Per converso, la maggior dottrina¹⁴ ritiene opportuno qualificare la diffamazione a mezzo stampa come una fattispecie circostanziata, con conseguente qualificazione del peculiare mezzo di diffusione della propalazione lesiva dell'altrui onore¹⁵ come una circostanza aggravante.

Tali conclusioni vengono argomentate sulla base della struttura della norma incriminatrice di cui al prefato art. 595 c.p., che colloca la fattispecie in parola al comma 3 della disposizione, immediatamente dopo la circostanza aggravante dell'attribuzione di un fatto determinato.

Infatti, l'elemento che caratterizza tale fattispecie attiene alla peculiare modalità di condotta che determina la necessità di un differente trattamento sanzionatorio in

¹² *Ex plurimis*, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 18 gennaio 2012, n.4364; Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 1999, n.7597.

¹³ P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, CEDAM, 1971, p. 27;

¹⁴ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *sub. art. 595 c.p.* in *Codice Penale Commentato, Dei Delitti contro la persona*, IPSOA, 1999., p. 4072; Manzini, *trattato di diritto penale*, VIII, V edizione, UTET, 1992, p. 647.

¹⁵ V. MANZINI, *trattato di diritto penale*, VIII, V edizione, UTET, 1992, 159 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale parte speciale*, Wolters Kluwer, 1995, 256 ss.; L. BISORI, *I delitti contro l'onore e la libertà individuale, parte speciale penale*, Vol. VIII, Giappichelli, 2010; V. PEZZELLA, *La diffamazione*, UTET, 2020, 7.

ragione della evidente maggiore diffusione – e conseguente maggiore lesività del bene giuridico – delle propalazioni effettuate avvalendosi della carta stampata.

Tuttavia, l'appena riportata dottrina, ritiene che tali peculiarità della diffamazione a mezzo stampa, pur innegabilmente di rilievo, non sarebbero idonee a determinare la configurazione di una fattispecie autonoma, bensì di una meramente circostanziata.

Basti pensare che le due fattispecie sono certamente sovrapponibili con riferimento a tutti gli elementi costitutivi: il bene giuridico, in entrambi i casi, è certamente quell' dell'onorabilità in senso oggettivo e della reputazione personale del consociato¹⁶; in entrambi i casi il soggetto attivo può essere “*chiunque*”, atteso che anche nel caso di diffamazione a mezzo stampa non è richiesta alcuna peculiare qualifica soggettiva per l'integrazione della fattispecie; anche sotto il profilo del soggetto passivo del reato non v'è nulla di diverso, dovendosi intendere come persona offesa ogni soggetto assente al momento della propalazione ed il cui onore sia leso dalla stessa.

L'unico elemento di specialità, ad avviso dello scrivente per specificazione, che determina l'integrazione della fattispecie autonoma o aggravata, in base alle suesposte visioni dottrinarie, attiene alle modalità di condotta: la comunicazione a più persone deve avvenire avvalendosi del mezzo della stampa.

Poste tali premesse, occorre entrare nel merito dell'analisi della fattispecie onde comprenderne le peculiarità correlate al mezzo di comunicazione utilizzato.

Come anticipato, l'aggravante dell'utilizzo del mezzo della stampa è prevista dal co.3 della norma incriminatrice del delitto di diffamazione. In particolare, si prevede un innalzamento considerevole del massimo edittale – laddove per la fattispecie semplice è prevista una pena detentiva massima (alternativa a quella pecuniaria) di un anno, mentre la cornice di pena prevista per la fattispecie aggravata va da sei mesi a tre anni di reclusione (sempre in alternativa a quella pecuniaria).

Segnatamente, si puniscono le condotte di diffamazione commesse «con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità ovvero in un atto pubblico».¹⁷

¹⁶ V. MANZINI, *trattato di diritto penale*, VIII, V edizione, UTET, 1992, 159 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale parte speciale*, Wolters Kluwer, 1995, 256 ss.. F.M. IACOVIELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova dalla Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. Pen.*, 1995, 2543.

¹⁷ Sul punto, si fa rinvio a P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Giur.* 1974, 425; P. BARILE- S. GRASSI, *Informazione (libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, 1983, 200.

Ipotesi ancor più peculiare – e differentemente disciplinata – è quella afferente al concorso tra l’aggravante dell’attribuzione di un fatto determinato e quella dell’offesa arrecata a mezzo stampa.

In tali casi, infatti, opera l’art. 13 della L. n. 47/1948 che prevede delle pene ben più draconiane rispetto a quelle previste dal codice penale.

In particolare, nelle fattispecie in cui ricorrano le due prefate circostanze aggravanti la pena prevista è – *rectius* era, *ut amplius infra* – quella della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258.

Anche in tal caso, tuttavia, a giudizio della dottrina prevalente – e dello scrivente – non si è innanzi ad una autonoma fattispecie di reato, bensì al cospetto di una circostanza aggravante composita o complessa.

La *ratio* di tale aggravamento sanzionatorio è certamente dovuta alla combinazione dell’elemento del fatto determinato – che già di per sé reca seco una maggiore potenzialità offensiva in ragione della maggiore verosimiglianza di un fatto circostanziato e dettagliato – e dell’elemento del peculiare strumento di comunicazione, caratterizzato da maggiore offensività in ragione della più elevata diffusione della notizia.

Appare, dunque, di cristallina evidenza la natura di *lex specialis* di tale disciplina extra-codicistica, assorbente rispetto alle previsioni dei co. 2 e 3 dell’art. 595 c.p. in caso di sussistenza di ambedue le aggravanti.

Tuttavia, di recente il quadro parrebbe essere parzialmente cambiato.

Per lungo tempo è stata sottoposta all’attenzione dell’opinione pubblica la questione afferente all’opportunità o meno di mantenere la previsione di una pena detentiva per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa.

Trattasi, infatti, di materia assai delicata, involvendo la libertà d’espressione dei giornalisti i quali hanno l’arduo compito di fungere da “*cani da guardia della democrazia*”¹⁸.

È stato, d’altra parte, osservato che la previsione di una fattispecie di reato caratterizzata da una così aspra sanzione detentiva, peraltro obbligatoriamente applicata cumulativamente con quella pecuniaria, porterebbe a un *chilling effect* consistente in un

¹⁸ C.E.D.U., Sent. Goodwin c. Regno Unito, 27 marzo 1996. Sul punto v. anche M. ROMANO, *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 4/2021.

effetto general-preventivo spropositato sostanziandosi in un'autocensura da parte dei giornalisti stessi¹⁹.

Proprio per tali ragioni la Corte EDU ha condannato in più occasioni l'Italia per la violazione dell'art. 10 della Convenzione²⁰, portando via via ad una presa di coscienza anche degli organi Costituzionali dell'ordinamento interno, sino a giungere alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della L. 47/1948 ad opera della Sent. 150/2021 della Corte Costituzionale.

2.2.1 La Sentenza C. Cost. 150/2021

La appena citata pronuncia della Consulta è stata emessa all'esito di un procedimento che aveva tratto origine dalla proposizione di due ordinanze di rimessione afferenti alla previsione dell'applicazione congiunta della pena pecuniaria e di quella detentiva nelle fattispecie di diffamazione per attribuzione di un fatto determinato a mezzo stampa o TV²¹.

In particolare, con ordinanza del 9 aprile 2019, il Tribunale ordinario di Salerno ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 in materia di stampa.

Il Tribunale ordinario di Bari, con altra ordinanza, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948²², «in combinato disposto» con l'art. 595 c. p., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena

¹⁹ In tal senso, v. C. MELZI D'ERIL, *La Corte europea condanna l'Italia per sanzioni e risarcimenti eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013; S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 37.

²⁰ *Ex plurimis*, C.E.D.U., Sent. 24 settembre 2013, Belpietro c.Italia; Sent. 8 ottobre 2019, Ricci c.Italia; Sent. 7 marzo 2019, Sallusti c.Italia. Sul punto, in dottrina, v. F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione sul caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2012.

²¹ Per un approfondimento sul punto, con particolare *focus* sulle problematiche processuali correlate alla declaratoria di illegittimità in parola, cfr. M. ROMANO, *Gli effetti della Sent. C. Cost. 150/2021 sulla competenza territoriale nei giudizi in materia di diffamazione a mezzo radio-televisivo: nulla di nuovo sotto il sole in Illyrius – International scientific review*, 1/2023.

²² «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire centomila».

cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, invece che in via alternativa».

Attraverso tali ordinanze i giudici remittenti pongono alla Consulta il quesito circa la compatibilità con la Carta costituzionale – riletta alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – della previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa.

In particolare, l'attenzione viene focalizzata sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che commina(va) la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato.

Come anticipato, il Tribunale di Salerno, spingendosi ancora oltre, interrogava la Corte Costituzionale altresì in merito alla compatibilità con la Costituzione dell'art.595, terzo comma c.p., laddove prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

La Corte Costituzionale, come anticipato ha ritenuto parzialmente meritevoli di accoglimento le censure promosse dai giudici remittenti, ravvisando la lesione dei principi costituzionali laddove si prevede(va) la sanzione detentiva per tutte le ipotesi di diffamazione mediante attribuzione di un fatto determinato, commesse a mezzo stampa.

In particolare, hanno ritenuto meritevole di censura la previsione della *supra* citata *lex specialis* 47/1948 in materia di stampa periodica.

Essa, infatti, all'art. 13 prevede(va) una pena ancor più grave (detentiva e pecuniaria in via congiunta) rispetto alle due aggravanti previste dall'art. 595 c.p., secondo e terzo comma, che prevedono già di per sé cornici sanzionatorie autonome e più gravi rispetto a quelle stabilite dal primo comma, rispettivamente nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato e in quello in cui l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

Peraltro, la pena prevista dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 era altresì assai elevata nel massimo edittale, essendo prevista la reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa non inferiore a euro 258.

Come anticipato, le due pene – detentiva e pecuniaria – venivano previste in via cumulativa, con conseguente impossibilità per il giudice di applicare la sola pena

pecuniaria nei casi di minore gravità salvo che nelle ipotesi di prevalenza o di equivalenza delle attenuanti.

Ad avviso dei Giudici della Consulta, proprio l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva determina l'incompatibilità di tale norma con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU.

La Corte Costituzionale aveva già espresso, nella propria ordinanza n. 132/2020, le proprie perplessità in merito alla previsione di una comminatoria obbligatoria di pena detentiva nelle ipotesi di diffamazione, in quanto siffatta previsione è, ad oggi, incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri».

Sicché, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte E.D.U. che ha a più riprese ribadito il ruolo fondamentale – e ordinamentale – del giornalismo nei regimi democratici, l'epilogo del giudizio di legittimità non poteva essere differente.

Infatti, una previsione generalizzata della pena detentiva per quasi totalità delle diffamazioni commesse a mezzo della stampa, periodica e non, ad avviso della Consulta, conduce necessariamente a esiti incompatibili con le esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, già definita «pietra angolare dell'ordine democratico»²³.

D'altra parte, la giurisprudenza di merito e di legittimità – assai invalsa e fortemente censurata dallo scrivente in altro contributo, cui si fa rinvio²⁴ – condiziona

²³ Cfr. C. Cost., Sent. n.84/1969.

²⁴ Più diffusamente, si veda il contributo dello scrivente M. ROMANO, *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 4/2021, laddove si evidenzia che inopportuno il diritto vivente e parte della dottrina impongono al giornalista di fornire la prova rigorosa del minuzioso accertamento dei fatti prodromico alla pubblicazione, per vincere ogni dubbio e incertezza in ordine alla verità sostanziale dei fatti narrati, così facendo avvicinare l'ipotesi dell'esimente putativa alla prova del caso fortuito. Per converso, nell'ottica dell'autore, la natura dolosa del delitto di diffamazione e l'onere in capo alla pubblica accusa dell'accertamento del dolo del delitto stesso sono ontologicamente incompatibili con una eventuale condanna dell'agente che – seppur per sua grave colpa – abbia erroneamente ritenuto veridica la notizia riportata. A ben vedere, l'eventuale dubbio circa il verificarsi di un errore rappresentativo in capo all'agente afferente alla presunta sussistenza della verità e dunque la configurabilità dell'esimente dovrebbe portare ad un'assoluzione, in quanto vi sarebbe un ragionevole dubbio relativo all'integrazione di uno degli elementi costitutivi essenziali della fattispecie: il dolo. D'altra parte, la lettura resa dal diritto vivente pare del tutto inconciliabile con il diritto positivo. Infatti, l'art. 59 co. 4 c.p. giammai prevede l'esclusione della esimente putativa in caso di colpa, anche grave, ipotizzando, per converso, la possibilità di una responsabilità colposa, solo laddove prevista dalla legge per il reato in contestazione.

l'operatività della causa di giustificazione del diritto di cronaca nella sua forma putativa (art. 59, quarto comma, c.p.) al requisito dell'assenza di colpa nel controllo delle fonti, con conseguente configurazione di una responsabilità – dolosa – del giornalista per il delitto di diffamazione anche nell'ipotesi in cui egli abbia confidato, seppur per errore colpevole, nella verità del fatto attribuito.

Sulla base di tali – condivisibili – argomentazioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima nella sua interezza la disposizione di cui all'art. 13 della legge sulla stampa.

D'altra parte, correttamente osservano i Giudici della Corte Costituzionale, che la declaratoria in parola non determina alcun vuoto di tutela al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa, attesa la riespansione della norma incriminatrice – *lex generalis* – di cui all'art. 595, comma terzo, del codice penale.

Infatti, differentemente rispetto a quella di cui all'art. 13 già citato, la censura sollevata in relazione all'art. 595, comma terzo, c.p. viene rigettata in maniera *tranchant*.

Ciò in quanto la diffamazione, essendo un delitto tutt'altro che inoffensivo e posto a tutela di un diritto fondamentale, quale la reputazione, determina la compatibilità a costituzione della previsione della pena detentiva come alternativa a quella pecuniaria.

Ma la Corte Costituzionale non ha esaurito qui la portata della declaratoria di incostituzionalità spingendosi oltre – legittimamente, a norma della legge sul funzionamento della Consulta – rispetto al *petitum* dei ricorrenti.

Infatti, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ha dichiarato in via consequenziale rispetto alla declaratoria di illegittimità dell'art. 13 della L. 47/1948, l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 in materia di sistema radiotelevisivo pubblico e privato.

Ivi si prevede(va) che «[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47».

Sicché, venuta meno tale disposizione, si rendeva necessario altresì emendare la disposizione relativa alla radio-televisione, in quanto richiamava espressamente la norma censurata, con conseguente riespansione – anche in tal caso – della disciplina prevista dall'art. 595, terzo comma, c.p. in relazione alle diffamazioni per attribuzione di fatto determinato.

2.2.2 L'esimente del diritto di cronaca

Il delitto di diffamazione, come diffusamente rammentato *supra*, è posto a tutela del bene giuridico dell'onore e punisce chiunque, comunicando con più persone, offenda l'altrui reputazione, da intendersi come la considerazione che i consociati hanno di una certa persona.

L'antigiuridicità della condotta, tuttavia, può essere elisa dalla esimente di cui all'art. 51 c.p., ovvero sia dall'esercizio di un diritto da parte del soggetto agente.

La predetta scriminante, secondo la giurisprudenza di legittimità, è stata sovente ritenuta operante laddove l'agente abbia esercitato il proprio diritto, costituzionalmente garantito, alla libera manifestazione del pensiero²⁵ o, ancora, il diritto alla libertà di informazione²⁶.

Nella condivisibile ottica della Suprema Corte prevale il diritto alla libertà di informazione (c.d. diritto di cronaca)²⁷ e si comprimono gli altri diritti (fra i quali l'onore) al ricorrere di tre presupposti: verità, contenenza, interesse pubblico²⁸.

Il fatto asseritamente diffamatorio, come narrato, deve rispondere a verità. Si onera, dunque, l'agente di verificare l'attendibilità della fonte da cui ha tratto la notizia, prima della diffusione della stessa.

Chiaramente esente da rimprovero penalistico dovrebbe, a rigore, essere la condotta del giornalista che erroneamente abbia supposto veridica la notizia propalata.

La c.d. verità putativa si ha, infatti, laddove il giornalista pubblichi una notizia ritenendola in buona fede rispondente a verità ma che poi sia risultata falsa.

In tali ipotesi sarebbe possibile ritenere sussistente la scusante (non più scriminante) dell'esercizio putativo del diritto di cronaca.

Laddove, infatti, non sussistano gli estremi oggettivi dell'esimente ma vi sia un'erronea supposizione degli stessi – anche se gravemente colpevole – da parte

25 Sul punto cfr. S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014.

26 L. FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e note*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9.

27 Sul punto si vedano A. PACE – F. PIETRANGELI, voce *cronaca-critica* (Diritto di), in *Enc. Dir.*, vol. V, Giuffrè 2001, 303 ss.; A. MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione. Gli arresti giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 11, 2003, 3600 ss.; A. BEVERE – A. CERRI, *Il diritto di informazione ed i diritti della persona*, Giuffrè, 2022; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958; V. PEZZELLA, *La diffamazione*, UTET, 2020; G. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Ius*, 1959.

28 Sul ruolo "istituzionale" dell'informazione giudiziaria si veda F. PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140.

dell'agente, ciò va ad incidere non più sull'antigiuridicità del fatto ma sulla rimproverabilità soggettiva dell'agente, con conseguente esclusione del dolo.

Dovrebbero, peraltro, a rigore, tenersi in considerazione le peculiarità del mezzo, che può rendere difficoltosa la verifica in ordine alle origini della notizia²⁹.

In tali ipotesi si dovrebbe accertare se «quell'agente concreto, nelle circostanze concrete nelle quali si è trovato ad agire, si fosse davvero persuaso della sussistenza della situazione scriminante»³⁰.

Si intende evidenziare come appaia del tutto inappropriata la tendenza del diritto vivente e di parte della dottrina ad imporre – al fine dell'integrazione della esimente putativa – il previo accertamento perito e diligente da parte del giornalista circa la attendibilità delle fonti da cui la notizia è stata tratta.

Più nello specifico, per come recentemente ribadito persino dalla Consulta³¹, il giornalista dovrebbe fornire la prova rigorosa del minuzioso accertamento dei fatti prodromico alla pubblicazione, per vincere ogni dubbio e incertezza in ordine alla verità sostanziale dei fatti narrati, così facendo avvicinare l'ipotesi dell'esimente putativa alla prova del caso fortuito³².

Tale approccio trae, per vero, origine da una risalente ma non superata pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite Civili che, nell'affrontare il tema in parola, ha ritenuto che il cronista sia tenuto ad una particolare diligenza nella verifica dell'attendibilità delle fonti, non potendo assumere l'esistenza di fonti privilegiate e non potendo invocare a sua discolpa la verosimiglianza di una notizia³³.

Va, tuttavia, rilevato come trattandosi di un arresto delle Sezioni Unite Civili e, conseguentemente, non siano stati debitamente attenzionati alcuni profili dirimenti ai fini dell'integrazione della fattispecie di diffamazione.

²⁹ E. SCAROINA, *Giustizia penale e comunicazione nell'era di Twitter tra controllo democratico e tutela dell'onore*, in *Archivio Penale*, 2010, 3.

³⁰ F. VIGANÒ, *Art. 59 c.p.*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 1191.

³¹ C. Cost., 12 luglio 2021, n. 150.

³² Sul punto si vedano anche M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1995; G. CORRIAS LUCENTE, *Esercizio putativo del diritto di cronaca e fonti di informazione*, in *Dir. Inform.*, 1985, 177; D. SERANI, *Diritto di cronaca e verità putativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 1462 ss; A. MANNA, *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. Pen.*, 3/2012.

³³ Cass. Civ., SS.UU., 30 giugno 1984, n. 5259. Tale sentenza è comunemente nota come “sentenza decalogo”.

Ad avviso di chi scrive³⁴, infatti, la natura esclusivamente dolosa del delitto di diffamazione e l'esistenza di un onere in capo alla pubblica accusa in merito all'accertamento del dolo del delitto stesso sarebbero ontologicamente incompatibili con una eventuale condanna dell'agente che – seppur per sua grave colpa – abbia erroneamente ritenuto veridica la notizia riportata.

A ben vedere, l'eventuale dubbio circa il verificarsi di un errore rappresentativo in capo all'agente afferente alla presunta sussistenza della verità e dunque la configurabilità dell'esimente dovrebbe portare ad un'assoluzione, in quanto vi sarebbe un ragionevole dubbio relativo all'integrazione di uno degli elementi costitutivi essenziali della fattispecie: il dolo.

D'altra parte, la lettura resa dal diritto vivente pare del tutto inconciliabile con il diritto positivo.

Infatti, l'art. 59 co. 4 c.p. giammai prevede l'esclusione della esimente putativa in caso di colpa, anche grave, ipotizzando, per converso, la possibilità di una responsabilità colposa, solo laddove prevista dalla legge per il reato in contestazione.

Oltre all'appena dibattuto requisito della verità del fatto, ai fini dell'integrazione dell'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca giudiziaria dovrebbe sussistere anche l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (c.d. limite della rilevanza).

Infine, si richiede la correttezza formale dell'esposizione e l'adeguatezza linguistica della propalazione (c.d. limite della continenza espositiva).

Il fatto deve, dunque, essere narrato misuratamente, senza trasmodare in gratuite aggressioni all'altrui reputazione e dignità personale. Tale requisito deve essere verificato in concreto dal giudice in stretta aderenza al contesto nel quale l'affermazione è stata resa. Si ammette, in ogni caso, la possibilità di una certa coloritura dell'informazione, tenendo conto della notorietà e del rilievo delle vicende narrate.

Laddove ricorrano tutti e tre i requisiti finora illustrati, per la Suprema Corte, la rilevanza penale di eventuali condotte diffamatorie può ritenersi esclusa, dovendosi riconoscere la sussistenza dell'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca.

³⁴ Per un approfondimento sul punto si fa rinvio al contributo dello scrivente autore M. ROMANO, *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 4/2021.

Particolare attenzione deve, peraltro, essere prestata dal giornalista nelle ipotesi di cronaca giudiziaria, specie alla luce del recepimento della direttiva UE 2016/343 in materia di presunzione di innocenza ad opera del D.Lgs. 188/2021.

In tali fattispecie, infatti, il giornalista, nel misurare la propria propalazione, deve tener conto della presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27 della Carta costituzionale, non essendo legittimato a sbilanciarsi a favore di ipotesi accusatorie, specie durante la fase delle indagini preliminari³⁵.

2.2.3 L'esimente del diritto di critica

L'esimente dell'esercizio del diritto assume, all'evidenza, un carattere proteiforme in quanto può operare con riferimento all'esercizio di tutto lo spettro dei diritti costituzionalmente garantiti.

Sicché, essendo plurimi i diritti sottesi alla disposizione di cui all'art. 21 della Carta costituzionale l'operatività della stessa non è certamente limitata al solo esercizio del diritto di cronaca.

Certamente meritevole di tutela costituzionale, in quanto pienamente sussumibile nel principio di libertà di manifestazione del pensiero, è il diritto di critica, nelle sue svariate declinazioni di critica politica, critica giudiziaria e via discorrendo.

Esso rappresenta, infatti, l'esternazione di un'opinione afferente ad un contegno o ad un'affermazione di un altro consociato e, dunque, si inserisce a pieno titolo nell'alveo di quanto garantito al livello costituzionale dalla disposizione citata *supra* e al livello internazionale dall'art. 10 della Carta E.D.U..

Il diritto di critica, al pari del diritto di cronaca, viene ritenuto sussistente a patto che vengano rispettati dei limiti ben precisi, posti come guarentigie di un corretto bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela dell'onore.

Anche in tal caso, infatti, affinché la propalazione diffamatoria possa ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p. deve essere accertata, in primo luogo, la veridicità dei fatti, in secondo luogo la pertinenza degli argomenti e, infine, ancora una volta, la continenza espressiva³⁶.

³⁵ Cass. Pen., Sez. V, 23 gennaio 2017, n. 15587.

³⁶ Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2020 n. 8898.

In via preliminare, occorre evidenziare come il perimetro applicativo dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica sia stato tracciato, con linee ermeneutiche dai contorni alquanto frastagliati, dalla giurisprudenza di merito e legittimità.

La maggiore problematica, come anticipato, attiene alla naturale contrapposizione, tra diritto alla disapprovazione e al biasimo anche con toni aspri e taglienti e tutela dell'onorabilità di ciascun consociato.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritengono che sia rinvenibile un limite costituzionale all'esercizio del diritto in parola, individuato nell'art. 2 Cost., posto a tutela dei diritti inviolabili dei consociati.

Sicché, nell'ottica degli interpreti, non è consentito attribuire ad altri fatti non veritieri, atteso che in tal caso viene *tout court* a mancare la finalizzazione critica dell'espressione, né trasmodare nell'invettiva gratuita, salvo che la offesa sia necessaria e funzionale alla costruzione del giudizio critico³⁷.

In particolare, ha precisato la Suprema Corte, che il rispetto del principio di verità si declina peculiarmente in relazione all'esercizio di tale peculiare diritto.

Ciò in quanto la critica, essendo l'espressione di un'opinione chiaramente soggettiva, ha per sua stessa natura «carattere congetturale e non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva ed asettica»³⁸.

Peraltro, proseguono i giudici di legittimità, evidenziando che per il riconoscimento della scriminante in esame debba comunque accertarsi «la verità del fatto storico posto a fondamento della elaborazione critica, sicché questa non è applicabile qualora l'agente manipoli le notizie o le rappresenti in modo incompleto, in maniera tale che, per quanto il risultato complessivo contenga un nucleo di verità, ne risulti stravolto il fatto, inteso come accadimento di vita puntualmente determinato, riferito a soggetti specificamente individuati»³⁹.

Quanto, invece, al requisito della continenza, come parzialmente anticipato nell'analisi dell'esercizio del diritto di cronaca, essa concerne un aspetto sostanziale e un profilo formale.

³⁷ Cass. Pen., Sez. V, 24 giugno 2016, n. 37397 – Rv. 267866.

³⁸ Cass. Penale, Sez. V, 21 settembre 2022, n. 38991.

³⁹ *Idem*.

La continenza sostanziale afferisce alla natura e alla ampiezza dei fatti riferiti e delle opinioni espresse, in relazione all'interesse pubblico alla comunicazione o al diritto-dovere di denuncia.

Essa attiene, dunque, alla quantità e alla selezione dell'informazione in funzione del tipo di resoconto e della rilevanza sociale della propalazione.

La continenza formale, per converso, è relativa alle modalità con cui la propalazione viene resa o il giudizio critico esternato, e cioè alla qualità della manifestazione.

Tale aspetto della continenza postula, dunque, una forma espositiva proporzionata e non ingiustificatamente e irragionevolmente sovrabbondante rispetto al concetto da esprimere.

In altri termini, ciò che rileva sono le modalità espositive della critica, che sia essa propalata verbalmente o con la parola o qualunque altro mezzo di diffusione: la forma espositiva deve essere corretta e funzionale alla finalità di disapprovazione, senza trasmodare in *argumenta ad hominem* gratuiti e immotivatamente lesivi dell'altrui reputazione.

Sicché laddove vengano utilizzati dei termini che siano oggettivamente offensivi, gli stessi saranno scriminati laddove strettamente necessari alla manifestazione del pensiero critico, «per non esservi adeguati equivalenti»⁴⁰.

In particolare, al fine di valutare il rispetto del criterio della continenza, si rende necessario contestualizzare le espressioni intrinsecamente ingiuriose e verificare se i toni utilizzati dall'agente, pur forti e sferzanti, non risultino meramente gratuiti, ma siano invece pertinenti al tema in discussione, proporzionati al fatto narrato e funzionali al concetto da esprimere⁴¹.

Ne consegue che non può che assumere rilievo la natura di critica politica, giudiziaria o di altra natura in quanto rileva altresì la funzione ricoperta dai soggetti ai quali la critica è rivolta, che talvolta può giustificare attacchi anche violenti, se proporzionati agli interessi in gioco che si ritengono compromessi⁴².

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V, 5 novembre 1997, n. 11905 – Rv. 209647.

⁴¹ Cass. Pen. Sez. V, 23 marzo 2018 n. 32027 – Rv. 273573.

⁴² Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 36045 – Rv. 261122; Cass. Pen., Sez. V, 18 aprile 2019, n. 21145 – Rv. 275554.

In ogni caso, come anticipato, pur assumendo rilievo spesso dirimente il contesto dialettico nel quale si realizza la propalazione, ad avviso della giurisprudenza non può mai ritenersi scriminato l'utilizzo di espressioni che si sostanzino in una mera denigrazione della persona in quanto tale⁴³, in quanto l'accostamento della persona offesa a cose o concetti ritenuti ripugnanti, osceni, o disgustosi, non è compatibile con la centralità che la Carta costituzionale attribuisce ai diritti della persona, fra i quali l'onore e la reputazione⁴⁴.

Proprio in ragione della assoluta rilevanza del contesto delle propalazioni, appare necessario analizzare la delicata tematica dell'esercizio del diritto di critica giudiziaria.

Sul punto, la Suprema Corte ha recentemente ribadito *apertis verbis* la imprescindibile funzione ordinamentale del diritto di critica giudiziaria: il riequilibrio dei poteri dello Stato, *sub specie* di controllo da parte del Popolo – nel cui nome è esercitata la giustizia – dei soggetti investiti della funzione giurisdizionale.

Riprendendo un filone di precedenti conformi⁴⁵, la Cassazione ha, in specie, affermato che «il diritto di critica dei provvedimenti giudiziari e dei comportamenti dei magistrati deve essere riconosciuto nel modo più ampio possibile, non solo perché la cronaca e la critica possono essere tanto più larghe e penetranti, quanto più alta è la posizione dell'*homo publicus* oggetto di censura e più incisivi sono i provvedimenti che può adottare, ma anche perché la critica è l'unico reale ed efficace strumento di controllo democratico⁴⁶ dell'esercizio di una rilevante attività istituzionale che viene esercitata in nome del popolo italiano da persone che, a garanzia della fondamentale libertà della decisione, godono giustamente di ampia autonomia ed indipendenza»⁴⁷.

Dunque, nell'ottica dei giudici di legittimità, la privazione dell'esercizio di tale diritto e la conseguente condanna per il delitto di diffamazione, da un lato lede l'autore della critica, ma da altro lato incide inevitabilmente sull'intera tenuta dell'ordinamento, sottraendo al controllo democratico il potere dell'esercizio della Giurisdizione.

Va, infine, segnalato l'orientamento sul punto della Corte EDU che nel caso Narodni D.D. c. Croazia, 8 novembre 2018, ha riconosciuto la violazione dell'art. 10 della

⁴³ Cass. Pen., Sez. V, 24 giugno 2016, n. 37397 – Rv. 267866.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, 10 maggio 2017, n. 50187 – Rv. 271434.

⁴⁵ Fra i quali cfr. Cass., sez. V, 26 febbraio 2016, n.26745.

⁴⁶ R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 73.

⁴⁷ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2019, n. 50189 – Rv. 277958.

Convenzione rispetto al caso di una società condannata per diffamazione in sede civile per aver pubblicamente espresso opinioni critiche nei confronti di un magistrato.

In particolare, conformemente alla giurisprudenza di legittimità interna in materia penale, la Corte ha ritenuto che la manifestazione di giudizi di valore sui temi relativi all'amministrazione della giustizia, formulata in tono caustico, ma non offensivo, sia certamente legittima in un ordinamento democratico.

Altra peculiare ipotesi di esercizio del diritto in parola attiene alle ipotesi di critica politica, in cui il destinatario delle provalazioni è il c.d. *homo publicus*.

Sull'attività della politica viene, infatti, esercitato un controllo diffuso da parte della Società, con la conseguenza che le affermazioni relative all'operato della politica e le istituzioni dovrebbero godere di un maggiore margine di tolleranza sotto il profilo della contenenza. Peraltro, la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che – ferma restando la necessità che non vengano addebitati fatti non rispondenti al vero, secondo il principio di verità – nelle ipotesi di critica politica è ben possibile che la provalazione possa essere scriminata pur laddove non faccia espresso riferimento a specifici fatti storici⁴⁸.

Appare, dunque, evidente l'ampiezza e la estrema flessibilità di tale esimente che, pur dovendo rispettare alcuni limiti posti dall'ordinamento a tutela dell'onorabilità altrui, trova fondamento nella – assai ampia – libertà di manifestazione del pensiero politico, alla base della Costituzione repubblicana adottata nel '48 dopo un ventennio di repressione del libero pensiero politico.

2.2.4 La causa di non punibilità ex art. 68 Cost.

Il già di per sé delicato tema dell'ampiezza del diritto di libera manifestazione del pensiero e delle opinioni assume dei contorni ancor più frastagliati dal momento in cui lo si correla alle garanzie poste dall'ordinamento in favore dei rappresentanti dei cittadini all'interno delle camere parlamentari.

L'art. 68 della Carta costituzionale prevede, infatti, che i membri del Parlamento non possano essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni⁴⁹.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. II, 19 dicembre 2013, n. 51435.

⁴⁹ *Ex plurimis*, G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, 1979; S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 81; M.L. GRISOLIA, *Immunità parlamentare e Costituzione*, CEDAM, 2000; C. MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa*

Trattasi, dunque, non di una causa di esclusione dell'antigiuridicità, che elide l'oggettiva illiceità della propalazione, bensì di una mera scelta di politica criminale – afferente alla “quarta dimensione” del reato, secondo la dottrina più recente⁵⁰ – che esclude la mera punibilità del fatto tipico, antigiuridico e colpevole⁵¹.

L'interpretazione di tale disposizione ha reso necessari plurimi interventi della Corte costituzionale⁵² e della Suprema Corte di Cassazione, chiamate a definire l'ampiezza di tale immunità e a chiarire fin dove le opinioni dei rappresentanti parlamentari siano effettivamente insuscettibili di reprimenda in sede penalistica.

Si è, infatti, posta la necessità di verificare quali atti “extra-murari” del parlamentare possano essere ritenuti comunque oggettivamente qualificabili come correlati all'esercizio della funzione ricoperta, in via esemplificativa, per quel che è d'interesse ai fini del presente elaborato, le propalazioni rese a mezzo *social media*.

La Suprema Corte ha ritenuto che l'attività divulgativa espletata nell'ambito di un comizio politico debba ritenersi sussumibile pienamente nell'ambito dell'esercizio delle funzioni parlamentari, nell'ambito delle quali l'art. 68 Cost. garantisce, per l'appunto la piena immunità in relazione alle opinioni espresse⁵³.

Sul punto i Giudici costituzionali hanno precisato che debbano ritenersi non punibili ai sensi dell'art. 68 Cost. le opinioni espresse al di fuori delle aule da parte del parlamentare a patto che le stesse siano, in ogni caso, strettamente correlate all'esercizio delle funzioni proprie della carica in parola⁵⁴.

La Consulta, peraltro, esprimendosi recentemente⁵⁵ in relazione ad una contestazione del delitto di diffamazione a carico di un parlamentare della Repubblica evidenziava come, da un lato, non ha in alcun modo messo in dubbio che la garanzia di cui all'art. 68 sia applicabile alle dichiarazioni rese *extra moenia* anche a mezzo social

costituzionale, Giuffrè, 2002; M. CERASE, *Sviluppi e contrasti in materia di insindacabilità parlamentare*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1762.

⁵⁰ Cfr. M. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2022.

⁵¹ Cass. Pen. Sez. V, 6 maggio 2014, n. 31320.

⁵² C. Cost. 11 gennaio 2000, n. 11; C. Cost. 9 febbraio 2000, n. 56; C. Cost. 4 dicembre 2022, n. 509; C. Cost. 24 giugno 2003, n. 219.

⁵³ Cass. Pen., Sez. V, 17 aprile 2000, n. 4678. R. ROMBOLI, *La pregiudizialità parlamentare per le opinioni espresse ed i voti dati dai membri della camera nell'esercizio delle loro funzioni: un istituto nuovo da ripensare (ed abolire)*, in *Foro italiano*, 1994, I, 995.

⁵⁴ C. Cost. 11 gennaio 2000, n. 11.

⁵⁵ C. Cost., sent. n. 241/2022.

ma come, in ogni caso, sia necessario ravvisare un nesso funzionale tra le dichiarazioni rese *extra moenia* da un parlamentare e l'espletamento delle sue funzioni, dovendo le stesse essere riconosciute come espressione dell'esercizio di attività parlamentare⁵⁶ e che assumano carattere divulgativo di quanto riconducibile a quest'ultima⁵⁷.

Appare, dunque, evidente come – con i dovuti *caveat* – la garanzia costituzionalmente prevista dall'art. 68 assuma estremo rilievo anche in relazione alle propalazioni – d'interesse ai fini del presente elaborato – commesse attraverso i nuovi *media*.

2.2.5 L'art. 57 c.p. e la responsabilità del direttore del periodico

Una peculiare ipotesi di responsabilità per il delitto di diffamazione la si rinviene nella disciplina di cui all'art. 57 c.p.⁵⁸, ove, nella originaria formulazione del codice del 1930 si prevedevano dei criteri di ascrizione della responsabilità «per fatto altrui» e, dunque, anche confliggenti, in epoca costituzionale, non solo con la – oramai inammissibile – logica dell'imputazione prettamente oggettiva per fatto proprio ma altresì con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la disposizione summenzionata configura una fattispecie di reato proprio del direttore o del vicedirettore di stampa periodica, autonoma e strutturalmente caratterizzata dall'omissione dell'attività di controllo che determini un evento non voluto⁵⁹.

La *mens legis* della disciplina in parola è, all'evidenza, quella di prevenire la commissione di reati di stampa che, in ragione della loro estrema diffusività, presentano un'elevata potenzialità lesiva. La soluzione adottata dal codice Rocco è imperniata sull'individuazione di alcuni soggetti garanti di quanto pubblicato all'interno del proprio giornale, imponendo ad essi di esercitare un penetrante controllo sulle pubblicazioni e rendendoli responsabili dell'eventuale commissione di reati da parte degli autori.

Come anticipato, l'originaria formulazione dell'art. 57 c.p. chiamava quindi il direttore di stampa a rispondere per l'omesso impedimento dei reati sulla base del ruolo di primazia rivestito.

⁵⁶ C. Cost., sentenze n. 10/2000 e 11/2000; C. Cost., sent. n. 59/2018 e n. 144/2015.

⁵⁷ C. Cost., n. 265/2014; C. Cost., n. 221/2014; C. Cost. n. 55/2014; C. Cost. n. 81/2011; C. Cost. n. 420/2008.

⁵⁸ Cfr. A. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Giuffrè, 2012, 9 ss.

⁵⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 30 maggio 1994, n. 6338.

L'estrema chiarezza dell'enunciato («per ciò solo») e l'assenza al suo interno di ogni riferimento a profili di colpa avevano portato la dottrina a ravvisare, dunque, una forma di responsabilità oggettiva e per fatto altrui, giustificata dalla necessità di garantire la repressione dei reati commessi dagli autori delle pubblicazioni, senza subordinarla alla identificazione degli stessi.

Trattavasi, dunque di un meccanismo di automatismo presuntivo di ascrizione dell'illecito poteva addirittura indurre a ritenere l'ipotesi confliggente con i principi sanciti dalla Costituzione repubblicana, in ragione della manifesta violazione del principio di personalità della responsabilità penale⁶⁰.

Sicché si rese necessario intervenire, con la l. 4 marzo 1958, n. 127, intitolata «*Modificazioni alle disposizioni del codice penale relative ai reati commessi col mezzo della stampa*», sull'art. 57 c.p., prevedendo una responsabilità colposa per fatto proprio del direttore o del vice-direttore, di natura omissiva per ogni reato commesso col mezzo della stampa, derivante dall'inosservanza di un obbligo di controllo su quanto pubblicato⁶¹.

Pare, dunque, che l'attuale disciplina preveda una fattispecie complessa⁶², i cui elementi costitutivi risultano dal fatto colposo del direttore connesso al reato posto in essere dall'autore della pubblicazione⁶³, il quale costituisce non una condizione di punibilità del reato omissivo, bensì l'evento⁶⁴.

Per come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, dunque, ad oggi, «il reato di omesso controllo sul contenuto della pubblicazione attribuibile al direttore responsabile (art. 57 c.p.) è punito a titolo di colpa e si sostanzia nel mancato assolvimento degli obblighi di controllo che la legge impone a detto soggetto, al fine di impedire che

⁶⁰ E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2021.

⁶¹ Cfr. A. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale per i reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 544; E. MUSCO, voce *Stampa*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 637; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, CEDAM, 1971, 115 e ID., *Voce Stampa*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, UTET, 1971, 99; C.F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Giuffrè, 1968, 85; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed. Giuffrè, 2004, 616.

⁶² E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2021.

⁶³ A. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale per i reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 550; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, 502; A. APOSTOLI CAPPELLO, *Reati commessi col mezzo della stampa e con i mezzi informatici*, in M. RONCO (diretto da), *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, II, Zanichelli, 2011, 438.

⁶⁴ Cfr. ampiamente D. PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Jovene, 2011, 222 ss.

attraverso la stampa siano commessi reati. Il direttore deve leggere il materiale da pubblicare e verificare se lo stesso presenti un contenuto lesivo dell'altrui reputazione; ove questa prima attività di controllo dia un risultato positivo, deve poi controllare se le notizie riportate negli scritti sottoposti al suo esame siano vere, verificando le fonti di informazione, se le stesse siano di interesse pubblico e se siano riferite con la dovuta sobrietà. Tali obblighi di controllo sussistono, del resto, in quanto, in ogni caso, compete al direttore scegliere i suoi collaboratori e vigilare sul loro operato»⁶⁵.

Sicché è del tutto evidente – pur non essendo, per vero, facile l'accertamento concreto – la differenza sostanziale tra l'ipotesi in cui risulta applicabile l'autonoma fattispecie di cui all'art. 57 c.p. e quelle in cui, per converso, sussiste il concorso tra direttore e autore della pubblicazione nella fattispecie di diffamazione.

Nelle ipotesi di concorso eventuale del direttore nel delitto, in particolare, occorre dimostrare che questi abbia effettivamente voluto la pubblicazione con la piena consapevolezza di offendere la reputazione altrui.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, peraltro, dovrebbe ritenersi sussistente la responsabilità del direttore responsabile di un periodico per il reato di diffamazione e non per la fattispecie autonoma e meno grave di omesso controllo prevista dall'art. 57 c.p. laddove la pubblicazione di un articolo lesivo dell'onore e della reputazione altrui venga effettuata da parte di un autore la cui identità si celi dietro uno pseudonimo.

In tali ipotesi, infatti, il consenso alla pubblicazione, con conseguente adesione al contenuto della pubblicazione stessa, potrebbe essere desunto da un complesso di circostanze esteriorizzate nella pubblicazione del testo (come la forma, l'evidenza, la collocazione tipografica, i titoli, le illustrazioni e la correlazione dello scritto con il contesto culturale che impegna e caratterizza l'edizione su cui compare l'articolo), con conseguente utilizzo dello pseudonimo quale scelta redazionale⁶⁶.

Si badi che sia nell'ipotesi di concorso *ex art.* 110 c.p. sia nell'ipotesi autonoma di omesso controllo il direttore responsabile sarà chiamato a rispondere dell'omesso impedimento dell'evento e, tuttavia, nell'ipotesi di concorso non essendo la condotta stata determinata da negligenza, imprudenza o imperizia, quanto piuttosto da una sciente

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. V, 26 ottobre 2001, n. 38442.

⁶⁶ Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249.

acquiescenza alla pubblicazione della notizia diffamatoria, dovrà essere applicata la disciplina di cui all'art. 40 cpv. c.p.⁶⁷.

È stato opportunamente osservato che nell'analisi di siffatta fattispecie occorre, per vero, tenere ben distinti i piani della rilevanza oggettiva dell'omissione e della sua efficacia causale e quello della presenza del coefficiente psicologico richiesto per l'integrazione della stessa⁶⁸.

Accertata la verifica dell'evento e constatata l'inosservanza del direttore dei suoi obblighi di diligenza, si rende, infatti, necessario differenziare i casi in cui si tratti di un obbligo di garanzia che, come tale, attenendo alla causalità omissiva, si sostanzia in una responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento, o di un obbligo di diligenza, che attiene invece alla colpa e ha ad oggetto l'adozione di determinate misure cautelari da parte del direttore stesso⁶⁹.

In osservanza dei principi sanciti dalla Carta costituzionale, si rende, infatti necessario un accertamento in concreto circa la sussistenza di profili di colpa⁷⁰, tenendo come parametro il c.d. *homo eiusdem conditionis et professionis*, ovvero il «direttore-modello» che, attenendosi ai principi deontologici fissati nella legge professionale, ha l'obbligo di conoscere i contenuti del periodico e di intervenire ogniqualvolta essi abbiano natura illecita, impedendone la pubblicazione ovvero imponendone una modifica⁷¹.

La necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie in parola è stata, peraltro, a più riprese ribadita dalla Suprema Corte che ha avuto modo di precisare che «le norme contenute negli artt. 57, n. 1, c.p. e 3 della legge sulla stampa 8 febbraio 1948, n. 47, sulla responsabilità del direttore del periodico, non sono in contrasto con il principio dell'art. 27, co. 1, della Costituzione, secondo il quale la responsabilità penale è personale, dovendosi ravvisare un nesso di causalità materiale tra la condotta del

⁶⁷ E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2021; M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998, 261.

⁶⁸ A. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Giuffrè, 2012, cit., 67.

⁶⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale, p. gen.*, 8^a ed., CEDAM, 2013, 403; E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2021.

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 1985, n. 621.

⁷¹ Laddove, infatti, si prescindesse da un concreto riscontro dell'elemento soggettivo si determinerebbe una responsabilità da posizione del direttore, aprendosi il varco a un'ipotesi di colpa presunta; cfr. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica*, cit., 65.

direttore e l'evento, cui si accompagna un nesso psichico sufficiente a conferire alla responsabilità penale il requisito della personalità»⁷².

Ne consegue che dovrà necessariamente ritenersi insussistente qualsivoglia responsabilità del direttore laddove emerga che il predetto, seppur titolare di una posizione di garanzia⁷³, abbia posto in essere accorgimento in suo potere per prevenire – pur non riuscendoci – la diffusione di notizie non rispondenti al vero⁷⁴.

Accorta dottrina ha, tuttavia, evidenziato come la sovente scorretta applicazione da parte della giurisprudenza della disciplina di cui all'art. 57 c.p. determina una – più che inopportuna – applicazione pressoché automatica, considerandola nella pratica come «mero accessorio» della responsabilità per il reato commesso col mezzo della stampa⁷⁵.

D'altra parte, da un lato le dimensioni assunte in concreto dalle attuali imprese giornalistiche⁷⁶, all'interno delle quali la figura del direttore-proprietario, che determina la linea politica e aziendale, coadiuvato da altri soggetti, quale l'editore o altri collaboratori⁷⁷, e dall'altro la evidente parcellizzazione delle responsabilità che in esse si verifica, fanno sì che sia del tutto inopportuno prevedere una forma di responsabilità verticisticamente attribuita al solo direttore che, sovente, è sprovvisto di concreti poteri tanto di vigilanza quanto impedimento dell'evento.

In tali ipotesi si pone, infatti, un problema di concreta inesigibilità di penetranti controlli da parte di un unico soggetto in grado di limitare la possibilità che si configurino reati a mezzo stampa⁷⁸.

Si osserva, per vero, che desta non poche perplessità il fatto che si preveda una piena equiparazione tra l'assetto interno di una testata di piccole dimensioni, all'interno

⁷² Cass. Pen., 23 giugno 1956, n. 3.

⁷³ Cass. Pen., Sez. V, 22 febbraio 2012, n. 15004.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. I, 17 dicembre 2009, n. 48119; cfr. D. PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 232. «La responsabilità a titolo di colpa del direttore per l'omesso controllo sul contenuto del periodico in riferimento al fatto diffamatorio a mezzo stampa può dirsi esclusa ove si dimostri che il predetto, titolare di una posizione di garanzia, ha fatto quanto in suo potere per prevenire la diffusione di notizie non rispondenti al vero, prescrivendo e imponendo regole e controlli, anche mediati, di accuratezza, di assoluta fedeltà e di imparzialità rispetto alla fonte-notizia», Cass. Pen., 17 dicembre 2009, 48119.

⁷⁵ G. CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000, 190.

⁷⁶ G. CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000, 201.

⁷⁷ E. CHELI- M.C. GRISOLIA, voce *Giornalisti, profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1988, 3 ss.; D. PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Jovene, 2011, 233 ss.

⁷⁸ A. APOSTOLI CAPPELLO, *Reati commessi col mezzo della stampa e con i mezzi informatici*, in M. RONCO (diretto da), *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, II, Zanichelli, 2011, 441.

della quale non risulterebbe particolarmente difficile esercitare un controllo capillare, con quello di un periodico ad elevata tiratura, in relazione al quale appare impossibile ipotizzare che il direttore abbia una piena conoscenza di tutto il materiale oggetto di pubblicazione⁷⁹.

Per quanto, attiene, invece all'apparato sanzionatorio previsto per il reato proprio del direttore responsabile si ricava *per relationem* dalla pena prevista per il reato commesso dall'autore⁸⁰.

L'art. 57 c.p. stabilisce, infatti, che questi sia punito con la pena prevista per il reato che con la sua condotta colposa non ha impedito, diminuita fino a un terzo.

Sicché nella concreta determinazione del trattamento sanzionatorio applicabile per le singole fattispecie in relazione all'omesso controllo, il giudice potrebbe in astratto partire da una pena iniziale più grave rispetto a quella effettivamente applicata al giornalista, trattandosi di differenti ipotesi criminose⁸¹.

2.3 La diffamazione a mezzo radio-televisione

La diffamazione a mezzo radio e televisione è, per certo, una delle forme maggiormente lesive del bene giuridico dell'onorabilità, in ragione della evidente diffusività dei messaggi trasmessi attraverso lo strumento radiofonico o televisivo.

Detti strumenti di comunicazione sono, infatti, all'evidenza maggiormente penetranti e capillari rispetto alla carta stampata e, conseguentemente, le propalazioni veicolate attraverso gli stessi hanno una carica di offensività ben superiore⁸².

Le fattispecie di diffamazione peculiarmente connotate dall'utilizzo dei suddetti *media*, sino all'introduzione della legislazione speciale in materia di servizio radio-televisivo pubblico e privato ad opera della L. 223/1990, venivano sanzionate a norma dell'art. 595 co. 3 c.p., in quanto commesse con «qualsiasi altro mezzo di pubblicità»⁸³.

⁷⁹ M. CUNIBERTI, *La responsabilità del direttore*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giuffrè, 2006, 168.

⁸⁰ Alla luce del rapporto di reciproca indipendenza tra le condotte dell'autore e quelle del direttore, anche le circostanze aggravanti soggettive eventualmente contestate per il delitto di diffamazione a mezzo stampa non sono automaticamente riferibili anche al delitto di cui all'art. 57 c.p.

⁸¹ Cass. Pen., Sez V, 13 maggio 2008, n. 23039.

⁸² S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 92.

⁸³ L. FIORAVANTI, *Televisione, stampa e editoria*, in *Digesto pen.*, XII, 1999, 163.

Con l'introduzione della predetta disciplina di settore, invece, il legislatore ha previsto – a norma del IV comma dell'art. 30 – che nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni radiofoniche o televisive consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, al concessionario privato, alla concessionaria pubblica ovvero alla persona da questi delegata al controllo della trasmissione si applicano le sanzioni previste dall'articolo 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 in materia di stampa periodica.

Ad avviso di parte della dottrina la disposizione in parola appare scarsamente intellegibile⁸⁴ sotto diversi profili.

Primo oggetto di perplessità attiene alla estrema circoscrizione, sotto il profilo soggettivo, dell'applicabilità della disciplina appena riportata.

Si prevede, infatti, che le disposizioni di cui all'art. 30 si applichino ai soli concessionari e alle persone da essi delegate, sicché, in ipotesi, il conduttore o qualunque altro soggetto che in concreto pongano in essere delle propalazioni diffamatorie consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato sarebbero perseguibili a norma dell'art. 595 co. 3 c.p. e non anche a norma della legislazione speciale.

Sotto il profilo oggettivo, invece, appare assai curiosa la manifesta disarmonia rispetto alla disciplina sanzionatoria prevista a norma delle L.47/1948 richiamata ai fini sanzionatori.

Infatti, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 30 – e dunque delle pene di cui all'art. 13 della L. 47/1948 – è necessario che il fatto diffamatorio sia aggravato dall'attribuzione di un fatto determinato, restando invece escluse dall'ambito applicativo della suddetta disposizione tutte le ipotesi diffamatorie semplici, seppur commesse col mezzo radio-televisivo.

Tali manifeste difformità tra la disciplina applicabile ai fatti commessi con il mezzo della stampa e quella afferente alle ipotesi commesse a mezzo radio e televisione ha suscitato sin da principio delle serie perplessità negli operatori del diritto che, per vero, ancor prima dell'entrata in vigore della legge Mammi sul sistema radio-televisivo, avevano demandato alla Corte costituzionale il vaglio circa la legittimità della disciplina vigente.

⁸⁴ T. PADOVANI, *Articolo 30, legge 223/1990, Il sistema radiofonico pubblico e privato*, a cura di E. ROPPO e R. ZACCARIA, Giuffrè, 1991.

Nell'ambito di plurimi incidenti di costituzionalità si è, infatti, eccetto che una siffatta disciplina fosse lesiva del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per cui fattispecie similari devono essere disciplinate in modo uguale onde evitare irragionevoli disparità di trattamento.

Tuttavia, in più occasioni, la Consulta non ha mai accolto le censure proposte⁸⁵, pur invitando il Legislatore «a ridurre il solco che separa la legge sulla stampa dalla più recente legge sull'emittenza radiotelevisiva»⁸⁶.

Le disarmonie tra le due discipline, peraltro, non si esauriscono in quelle sin qui riportate.

Va, infatti, rammentato che nelle ipotesi di diffamazione a mezzo radio e televisione non è prevista alcun tipo di responsabilità del direttore responsabile analoga a quella disciplinata dall'art. 57 c.p., con la conseguenza che i direttori dei telegiornali o dei giornali radio, pur avendo la medesima qualifica, avranno ben minori responsabilità, non potendo agli stessi essere addebitata alcuna responsabilità per omesso controllo⁸⁷.

Parimenti non potrà essere contestata alcuna responsabilità per il delitto di diffamazione a titolo di omesso controllo ai concessionari pubblici o privati o ai soggetti da questi delegati in quanto gli stessi, a norma della L. 223/1990, possono rispondere a titolo omissivo nelle sole ipotesi di trasmissioni a carattere osceno o di pubblicazioni destinate all'infanzia con contenuto impressionante o raccapricciante.

Ne consegue che i concessionari, i delegati, i direttori e i conduttori potranno essere chiamati a rispondere a titolo di concorso nel delitto di diffamazione solo nelle ipotesi in cui gli stessi abbiano posto in essere delle condotte eziologicamente rilevanti ai fini del determinarsi della lesione dell'altrui onorabilità e connotate dal dolo di concorso, essendo prevista la responsabilità colposa degli stessi nelle sole succitate ipotesi di cui al comma III dell'art. 30.

Va, conclusivamente, evidenziato come le difformità – quantomeno sotto il profilo del trattamento sanzionatorio – tra le ipotesi di diffamazione commesse a mezzo stampa, radio, televisione o altro mezzo di pubblicità si siano recentemente azzerate in ragione della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sent. 150/2021, che ha censurato

⁸⁵ Cfr. C. Cost., Sent. 168/1992; C. Cost., Ord. 213/1982; C. Cost., Ord. 53/1983.

⁸⁶ C. Cost., Sent. 11 dicembre 1985, n. 330.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 2014, n.50987.

l'art. 13 della succitata legge sulla stampa, richiamata ai fini sanzionatori dalla legge Mammi.

Ad oggi, dunque, non pare sussistere alcuna disparità o, comunque, disomogeneità di trattamento, applicandosi in ogni caso le pene di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 595 del codice penale.

2.3.1 La responsabilità del conduttore per la diffamazione commessa dal soggetto intervistato

Altro tema di estremo rilievo in relazione alle ipotesi diffamatorie commesse a mezzo radio-televisione è quello della responsabilità del conduttore per il delitto di diffamazione in caso di intervista.

In particolare, onde prevenire sacche di responsabilità oggettiva per fatto altrui, occorre interrogarsi circa la sussistenza – o meno – in capo al conduttore di un potere/dovere di un controllo sui contenuti delle dichiarazioni rese dagli ospiti, con conseguente obbligo di impedimento del delitto di diffamazione commesso dagli stessi.

Infatti, a norma dell'art. 40 c.p. il conduttore può essere considerato certamente responsabile per il delitto di diffamazione laddove abbia partecipato attivamente alla commissione del reato e, parimenti, a titolo omissivo laddove si accerti in primo luogo la sussistenza in capo ad esso di una posizione di garanzie e, in secondo luogo, l'omissione dell'esercizio di un adeguato controllo sui contenuti delle dichiarazioni degli ospiti.

Occorre certamente distinguere tra le ipotesi di intervista registrata e successivamente mandata in onda in differita rispetto alle ipotesi di intervista in diretta.

Nella prima ipotesi appare possibile rilevare un potere/dovere di impedimento, in quanto è ben possibile per il conduttore accertare la sussistenza di profili diffamatori nelle propalazioni rese dall'intervistato, con conseguente possibilità di prevenire la diffusione dell'intervista lesiva dell'altrui onorabilità.

Per vero, ad avviso di chi scrive, in tali fattispecie la responsabilità dell'intervistatore sarebbe da considerarsi ai limiti del commissivo, in ragione del fatto che laddove l'intervistatore dia il proprio *placet* alla successiva diffusione dell'intervista registrata questi darà, sostanzialmente, un proprio autonomo apporto attivo al verificarsi dell'evento diffamatorio.

Nel caso di interviste in diretta, invece, la responsabilità del conduttore sussisterà ogni qual volta questi, pur avendo la possibilità di intervenire immediatamente per

impedire la protrazione delle dichiarazioni lesive dell'onore e della reputazione di terzi non intervenga.

Questi sarà, peraltro, tenuto a prendere le distanze dalle dichiarazioni dell'ospite, manifestando il proprio dissenso rispetto alle stesse e chiedendo all'intervistato di non proseguire nelle proprie esternazioni⁸⁸.

È chiaro che in siffatte ipotesi il conduttore – almeno in teoria – non può aver contezza delle propalazioni che l'ospite intende rendere e, peraltro, non ha neppure la possibilità di effettuare un controllo sulla veridicità delle stesse, con la conseguenza che la sua responsabilità non potrà che essere differenziata rispetto a quella di un conduttore che effettui un'intervista che debba andare in onda in differita⁸⁹.

Anche nel caso di intervista radio-televisiva sembra possibile applicare le esimenti già analizzate *supra* in relazione alla diffamazione commessa a mezzo stampa.

In particolare, dunque, assumono rilievo l'affidabilità del dichiarante, la verosimiglianza della notizia propalata e l'interesse pubblico alla diffusione della stessa.

Sul punto, mette conto evidenziare come la giurisprudenza di legittimità⁹⁰ e della Corte E.D.U.⁹¹ per cui le propalazioni oggettivamente diffamatorie dovrebbero ritenersi scriminate laddove sussistano un effettivo interesse pubblico alla diffusione della notizia, specie se promanante da un soggetto qualificato e, dunque, affidabile.

In tali ipotesi, infatti, essendo più che verosimile la “verità” del narrato diffamatorio il conduttore dovrà ritenersi scriminato in quanto sussisteranno tutti gli elementi costitutivi del diritto di critica, quantomeno nella forma putativa.

Anche in tal caso, chiaramente, occorre fare un distinguo tra le ipotesi di intervista in diretta e in differita. Nel secondo caso, infatti, si imporrà uno stringente controllo del conduttore altresì sulla continenza della propalazione che, laddove esorbitante nella forma espositiva, dovrà essere censurata e non diffusa, a pena di inapplicabilità dell'invocata esimente⁹².

⁸⁸ V. PEZZELLA, *La diffamazione*, UTET, 2020, 549.

⁸⁹ S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 99.

⁹⁰ Cass. Pen. Sez. V, 21 settembre 2019, n. 16959.

⁹¹ C.E.D.U., 16 gennaio 2020, Magosso e Brindani c. Italia.

⁹² G. GIAMMONA, *Ancora contrasti sui limiti di liceità dell'intervista giornalistica*, in *Foro italiano*, 2001, 179.

2.4 La diffamazione online e a mezzo social network

Come anticipato nel paragrafo introduttivo del presente capitolo, ad oggi le fattispecie di diffamazione sono sovente connotate dall'utilizzo della rete e degli strumenti informatici.

In assenza di un *corpus* normativo disciplinante la materia del *web*, il diffuso utilizzo di *internet* ha sollevato problemi di primario rilievo afferenti, in particolar modo, all'estensibilità della disciplina prevista per la stampa e la radiotelevisione⁹³.

Più specificamente, l'estesa diffusione dell'utilizzo della rete, con la possibilità di accedervi da parte di chiunque vi sia interessato⁹⁴, ha costretto la giurisprudenza a verificare – *ut amplius infra* – quali fra le norme vigenti in materia di diffamazione possano trovare applicazione nel rispetto del principio di tassatività nell'applicazione della norma penale⁹⁵.

Bisogna, peraltro, prestare particolare cautela nell'analisi di ciascun mezzo di comunicazione che sfrutti la rete in quanto gli stessi sono assai eterogenei fra loro e, dunque, non possono essere assoggettati semplicisticamente ad una disciplina comune e generalizzata⁹⁶.

Basti pensare che laddove la propalazione diffamatoria sia commessa mediante diffusione in *online*, magari sotto forma di pubblicazione di un *post* su uno degli innumerevoli *social network* utilizzati quotidianamente dalla gran parte dei consociati questa avrà un'attitudine lesiva dell'onorabilità tendenzialmente maggiore rispetto all'inoltro di un messaggio su una *chat* di gruppo su uno degli svariati applicativi di messaggistica istantanea che hanno sostituito gli oramai obsoleti S.M.S., condotta questa che, per converso, avrà una minore attitudine a ledere il bene giuridico tutelato dalla

⁹³ G. CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000, 259.

⁹⁴ A. CHIMENTI, *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, 2000, 16, osserva a tal riguardo che «poiché *internet* è una rete il cui utilizzo è libero, aperto a tutti, e l'accesso è facilitato da procedure molto semplici, in tempi brevi la Rete è destinata a diventare il primo mezzo di informazione mondiale», così vasto a tal punto che «ogni strumento di controllo da parte dei singoli ordinamenti statati appare inadeguato».

⁹⁵ V. PEZZELLA, *La diffamazione*, UTET, 2020, 402.

⁹⁶ La Corte ha, peraltro, evidenziato come le modalità di commissione della fattispecie possano essere integrate fruendo degli strumenti più eterogenei e variegati fra loro: «il messaggio viene inoltrato a destinatari molteplici e diversi, per esempio attraverso la funzione di *forward* o a gruppi di *Whatsapp*, su *Twitter* o *Facebook* [...]», cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. 22 gennaio 2014 n. 16712; Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2011, n. 46504.

fattispecie incriminatrice, in quanto trattasi di strumenti in grado di raggiungere un numero di consociati inferiore rispetto a quello dei *social network*.

Tali nuovi strumenti determinano, dunque, a ben vedere, nuove modalità di commissione della condotta del delitto di cui all'art. 595 c.p. che, lo si rammenta, è una fattispecie a forma libera sicché ogni contegno atto a ledere l'altrui onorabilità determina l'integrazione della fattispecie. Sul punto, ancorché non vi fossero particolari dubbi a riguardo, la Suprema Corte di Cassazione⁹⁷ ha precisato che «il reato di diffamazione, attraverso cui si lede il bene giuridico costituito dall'altrui reputazione, ben può compiersi anche attraverso la rete».

Come anticipato, nel silenzio del legislatore, dottrina e giurisprudenza sono state chiamate a risolvere in via ermeneutica diversi nodi problematici, primo fra tutti quello afferente all'applicabilità della disciplina della stampa anche alle comunicazioni *online*⁹⁸.

Per la maggior dottrina e la giurisprudenza prevalente l'interrogativo supposto andrebbe sciolto in senso negativo atteso che nella nozione di «stampa» in senso giuridico, occorrono due condizioni necessarie e imprescindibili, consistenti nell'esistenza di una riproduzione tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico chimici e che questa sia destinata alla pubblicazione⁹⁹.

Non configurandosi nessuno dei due requisiti richiesti, sarebbe dunque più congruo considerare la diffamazione tramite *internet* una sorta di *tertium genus* collocato tra la diffamazione c.d. diretta e quella tramite stampato¹⁰⁰.

Altro nodo problematico parzialmente più problematico con il quale si sono dovuti confrontare i primi interpreti di simili ipotesi di diffamazione attiene, invece, alla applicabilità, nelle fattispecie di diffamazione a mezzo *web* dell'aggravante di cui al comma terzo della norma incriminatrice del delitto di diffamazione o del particolare trattamento sanzionatorio previsto dalla legge sulla stampa periodica.

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 4741 del 17/11/2000 – Rv. 217745

⁹⁸ M. FUMO, *La diffamazione mediatica*, UTET, 2012, 44.

⁹⁹ V. ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in BRUGALLETTA e LANDOLFI (a cura di), *Il diritto del Cyberspazio. Tendenze, testi e protagonisti nel web giuridico italiano*, Jovene, 1999, 61 ss.; il fatto che il messaggio *internet* si possa stampare, in effetti, non appare circostanza determinante, in ragione della mera eventualità di tale procedimento, sia oggettiva (infatti non tutti i messaggi trasmessi via *internet* sono stampabili: si pensi ai video o agli audio), sia soggettiva (è cioè il destinatario che, eventualmente, decide di stampare).

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. V, 1 agosto 2008, n. 31392.

Infatti, attesa la lacuna normativa – o meglio, l’assenza di un intervento legislativo *ad hoc* sul punto – si è reso necessario un intervento chiarificatore da parte della giurisprudenza di legittimità.

Si vedrà nel paragrafo che segue come sia oramai chiaro che nei casi di diffusione di messaggi a mezzo *social network* e, più in generale, a mezzo internet, deve ritenersi applicabile l’aggravante di cui al comma 3 dell’art. 595 c.p. correlata all’utilizzo di ogni altro mezzo di pubblicità e non anche quella prevista dalla legislazione speciale relativa all’utilizzo del mezzo della stampa.

La disposizione di cui all’art. 595, comma 3, c.p., infatti, ha ad oggetto una categoria più ampia di fattispecie concrete, comprensiva di tutti quei sistemi di comunicazione e, quindi, di diffusione – dai *fax* ai *social media* – che, grazie all’evoluzione tecnologica, agevolano la trasmissione delle propalazioni ad un consistente novero di consociati¹⁰¹.

In particolare, hanno evidenziato gli ermellini che «essendo internet un potente mezzo di diffusione di notizie, immagini, ed idee, anche attraverso tale strumento di comunicazione si estrinseca il diritto di esprimere le proprie opinioni, tutelato dall’art. 21 Cost., che, per essere legittimo, deve essere esercitato rispettando le condizioni e limiti dei diritti di cronaca e di critica»¹⁰².

Detta circostanza aggravante si pone, all’evidenza, quale *lex generalis*¹⁰³ rispetto alle aggravanti previste dalle summenzionate normative in materia di stampa periodica e radio-televisione sicché ben si attaglia ad essere applicata nelle ipotesi – non precipuamente disciplinate – di diffamazione *online*.

Parte, per vero minoritaria, della dottrina ritiene che lo strumento di *internet* non possa essere sussunto nel campo semantico dell’aggravante “*altro mezzo di pubblicità*” di cui all’art.595 comma 3, c.p. in quanto si dovrebbe tenere conto della “natura” del mezzo divulgativo aprioristicamente e non in base al risultato ottenuto, ossia l’elevato numero dei soggetti che effettivamente sono venuti a conoscenza del messaggio diffamatorio¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cass. Pen., Sez. V, 23 gennaio 2017, n.8482.

¹⁰² Cass. Pen., Sez. V, sent. 1 luglio 2008, n. 31392.

¹⁰³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VIII, UTET, 1986.

¹⁰⁴ L. SCOPINARO, *Internet e delitti contro l’onore in Rivista di diritto e procedura penale*, 2000.

Tali obiezioni, tuttavia, non hanno trovato terreno fertile nelle applicazioni giurisprudenziali in quanto è pacifico che si possa ricondurre all'interno della nozione di “qualsiasi altro mezzo di pubblicità” anche la diffamazione a mezzo *web*¹⁰⁵.

Appare, tuttavia, chiaro ed evidente che un post su un *social network* possa determinare una diffusione ben più capillare rispetto ad un'*e-mail* che può invece raggiungere un numero limitato di destinatari.

Sicché sarebbe necessario rifuggire dalle – inopportune – presunzioni di maggiore efficacia della *natura* divulgativa del mezzo di comunicazione piuttosto che la “concreta” diffusione.

Per vero, molto spesso, in sede di accertamento della sussistenza del delitto di diffamazione viene erroneamente posta ogni azione informatica sul medesimo piano in termini di efficacia¹⁰⁶, quando piuttosto sarebbe necessario fare un distinguo valutando caso per caso l'attitudine del canale di comunicazione utilizzato ad assurgere ad essere qualificato come mezzo di pubblicità.

In tal senso, vanno salutate con sommo favore le pronunce giurisprudenziali di merito che precisano che per mezzi di pubblicità devono intendersi esclusivamente quelli che consentono comunicazioni *in incertam personam*, quali i *social network*, i siti *web* laddove aperti a tutti, senza limiti o filtri e barriere, di vario tipo, all'ingresso.¹⁰⁷

In coerenza con tale orientamento, non possono essere qualificati come mezzi di divulgazione, o di diffusione, quelli che si rivolgono *ad certas personas*, come ad esempio le comunicazioni via email, o le piattaforme digitali, in cui accedono solo utenti autorizzati.

Sicché, laddove il messaggio diffamatorio venga percepito da un numero limitato di destinatari, dovrebbe a rigore escludersi l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art.595, comma 3 c.p.

Ne consegue che l'inoltro di una comunicazione ad un numero determinato di destinatari parrebbe inidoneo ad integrare l'aggravante appena citata, pur potendo tale

¹⁰⁵ D. CHINDEMI, *Diffamazione a mezzo stampa (radio-televisione-internet)*, Giuffrè, 2006; F. VERRI-V. CARDONE, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno. Online, blog e social forum*, Giuffrè, 2013; V. PEZZELLA, *La diffamazione*, Utet giuridica, 2016.

¹⁰⁶ L. BISORI, *I delitti contro l'onore*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, vol. VIII, Milanfiori, 2010, p. 3; M. MINASOLA, *Blogging e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. Pen. (web)*, 2013, fasc. 3.

¹⁰⁷ Trib. Milano, 11 febbraio 2016, n. 1624.

circostanza incidere sulla gravità del fatto ai fini della dosimetria della pena, a norma dell'art. 133 c.p..

Parte della dottrina¹⁰⁸ ritiene che l'indirizzo *erga omnes* della comunicazione sarebbe l'elemento discriminante l'applicabilità della circostante aggravante di cui al comma 3 dell'art. 595, spettando al giudice la valutazione circa la idoneità del mezzo di comunicazione e non il risultato prodotto dallo stesso¹⁰⁹.

Altro tema di rilievo attiene alla possibilità di contestare il concorso nel delitto di diffamazione a mezzo *web* nei confronti di soggetti i quali, pur non avendo in prima persona diffuso le propalazioni lesive dell'altrui onorabilità abbiano – in un certo qual senso – manifestato la propria approvazione rispetto alle stesse o, in maniera ancor più grave, avendone la possibilità abbiano omissis di rimuoverle dalla rete.

Quanto a tale ultima ipotesi – parzialmente affine a quelle analizzate *amplius infra* con riferimento alla responsabilità dei *providers* – va osservato come dovrebbe ritenersi possibile il concorso solo laddove il soggetto titolare del potere di rimozione del contenuto digitale avente carattere diffamatorio avesse effettivamente contezza della presenza e della portata di tale propalazione e, ciononostante, avesse scientemente deciso di non rimuoverlo¹¹⁰.

Differente è la questione relativa al soggetto che abbia meramente manifestato il proprio “apprezzamento” rispetto alle condotte diffamatorie.

In particolare, occorre interrogarsi se la mera apposizione di un “like” possa integrare o meno una condotta concorsuale nel delitto diffamazione.

Va, infatti, evidenziato come tale condotta sia sovente non tanto sintomatica di una piena condivisione del contenuto quanto piuttosto figlia di una mera prassi di apposizione acritica e leggera del “sostegno” ai *post* altrui.

Sicché, quantomeno sotto il profilo dell'elemento soggettivo, parrebbe assai difficoltoso l'accertamento del dolo di concorso del soggetto che si sia limitato ad apporre un “mi piace” sul contenuto lesivo dell'altrui onorabilità.

¹⁰⁸ L. BISORI, *I delitti contro l'onore*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di A. CADOPPI, L. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, vol. VIII, Milanfiori, 2010, p. 3.

¹⁰⁹ M. MINASOLA, *Blogging e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. Pen. (web)*, 2013, fasc. 3.

¹¹⁰ In dottrina cfr. P. GALDIERI, *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021, p. 154 e in giurisprudenza cfr. *ex plurimis*, Trib. Vallo della Lucania, GUP, 24 febbraio 2016, n.22.

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, invece, pare opportuno osservare come la rilevanza di tale condotta ai fini dell'integrazione del concorso parrebbe mal conciliarsi con la natura di reato istantaneo del delitto di diffamazione.

Infatti, la lesione del bene giuridico dovrebbe ritenersi determinatasi nel momento in cui il contenuto viene diffuso e, dunque, la condotta del soggetto che a posteriori si limiti ad apporre un *like* senza condividere il contenuto dovrebbe ritenersi un mero *post factum* non determinante una nuova ed ulteriore lesione del bene giuridico già compromesso.

Differentemente opinando, per ritenere rilevante tale condotta ai fini di concorso dovrebbe accedersi alla tesi per cui essendo il bene giuridico dell'onorabilità, all'evidenza, "comprimibile" la lesione della reputazione altrui potrebbe ritenersi protratta nel tempo, sotto forma di reato permanente.

Ragionando in tal maniera, la condotta del soggetto che pur potendo non rimuova un articolo diffamatorio o che apponga il proprio *like* sullo stesso, determinandone una maggiore diffusione, cagionando una protrazione della lesione dell'onorabilità parrebbe, ad avviso dello scrivente, assimilabile ad una adesione alla condotta delittuosa dell'autore a titolo di concorso.

2.4.1 Sull'applicabilità della normativa in materia di stampa, editoria e radio televisione alle pubblicazioni online

Come parzialmente anticipato, occorre interrogarsi circa l'applicabilità delle normative di settore alle pubblicazioni effettuate a mezzo *web*.

È sin da subito chiaro che i fatti diffamatori commessi siano difficilmente sussumibili all'interno delle fattispecie legalmente tipizzate negli artt. 1 e 13 della legge n. 47 del 1948 e nell'art. 30 della legge n. 223 del 1990, attesa la rilevante distanza sussistente tra i diversi mezzi di comunicazione di massa, ivi espressamente indicati, obiettivamente diversi rispetto alla rete.

La giurisprudenza di merito si è premurata di sostenere, in forza della diversità delle modalità di una trasmissione effettuata con internet rispetto a quella con i mezzi di diffusione televisiva e radiofonica, che la regolamentazione emanata «in un periodo storico in cui la stessacreazione della rete di comunicazione Internet non era nemmeno

ipotizzabile dal legislatore»¹¹¹ non dovrebbe essere applicata ad altri contesti, diversi dalle trasmissioni radiofoniche o televisive.

Sicché appare più che ragionevole, nel rispetto del principio di legalità e, in specie, di corollari del divieto di analogia e della tassatività, ritenersi non applicabile alle ipotesi di diffamazione *online* il regime – per vero ad oggi dichiarato costituzionalmente illegittimo – di cui all’art. 13 della legge n. 47 del 1948, il quale prevede(va) un aggravamento di pena per il caso di attribuzione di un fatto determinato a mezzo stampa¹¹².

Il richiamo espresso al concetto di stampa e dunque al concetto espresso dall’art. 1 della medesima legge, infatti, impedisce che si operi un’estensione analogica della disciplina anche ai fatti in *internet*, pur essendo ravvisabile una *eadem ratio*, quantomeno nelle ipotesi in cui i contenuti pubblicati sul *web* abbiano natura editoriale.

Analoghe considerazioni possono essere effettuate con riferimento alla disposizione di cui all’art. 30, comma 4 della legge n. 223 del 1990, che estende(va) il regime sanzionatorio dell’art. 13 della legge n. 47 del 1948 ai concessionari pubblici o privati e ai loro delegati per le ipotesi di diffamazione commesse mediante trasmissioni radio-televisive.

Infatti, tale disciplina di settore individua espressamente i soggetti cui la normativa in parola si riferisce, sicché sarebbe manifestamente *praeter legem* l’estensione della stessa al difuori del perimetro delle trasmissioni radio-televisive.

È stato, infatti, osservato¹¹³ come vi siano delle notevoli differenze tra gli strumenti radio-televisivi è quello del *web*, in quanto – in via esemplificativa – sul *web* l’utente ha la massima libertà di selezionare il materiale da visionare e le modalità con cui effettuare tale opzione, mentre negli strumenti radiofonici e televisivi ordinari è tenuto a sottostare al palinsesto approntato dall’emittente¹¹⁴.

¹¹¹ Trib. Oristano, sent. 25 maggio 2000, con nota di C. RUSSO, *Internet, libertà di espressione e regole penali: spunti di riflessione a margine di una pronuncia in tema di diffamazione*, in *Foro it.*, II, 2000, c. 663 ss.

¹¹² S. TABARELLI DE FATIS, *La proposta di riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo Internet. Osservazioni critiche*, in *Dir. Internet*, 2006, 310 per la quale l’art. 13 rappresenta, conformemente alla unanime dottrina e giurisprudenza, un’aggravante complessa ad effetto speciale che comporta un sensibile aumento di pena ed anche l’applicazione congiunta di pena detentiva e pecuniaria.

¹¹³ D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

¹¹⁴ V. SPAGNOLETTI, *Profili problematici del reato di diffamazione a mezzo internet*, in *Giur. merito*, 2003, p. 1625.

Altro interrogativo da porsi attiene alla possibilità di equiparare lo strumento di *internet* agli altri mezzi di comunicazione di cui alla legge n. 62 del 2001¹¹⁵.

Tale normativa ha il pregio di aver precisato il concetto di prodotto editoriale, chiarendo, all'art. 1 che «per prodotto editoriale, ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici».

Nonostante tale opera definitoria posta in essere dal legislatore è tutt'oggi assai controversa l'estensibilità gli obblighi previsti dalla legge sulla stampa ai siti *web*.

Parte della dottrina ha, infatti, osservato che nelle ipotesi di pubblicazioni *online* non sarebbe possibile «indicare luogo e anno di una inesistente pubblicazione intesa in senso tradizionale né il nome e il domicilio di un altrettanto inesistente stampatore»¹¹⁶.

Conseguentemente, non trattandosi di prodotti editoriali, non sarebbe possibile applicare ai contributi pubblicati sul *web* le disposizioni della legge 8 febbraio 1948, n. 47.

Sussiste, tuttavia, un orientamento del tutto contrario rispetto a quello appena riportato.

In particolare, precursore di tale orientamento è stato un giudice monocratico del Tribunale di Firenze che già nel 2009 riteneva possibile condannare il titolare di un sito *web* a titolo di diffamazione aggravata per l'omesso controllo del contenuto dei messaggi veicolati tramite un *forum* ad esso collegato¹¹⁷.

Il giudicante, in specie, riteneva che il direttore di una testata telematica soggetta a registrazione potesse ritenersi responsabile per la violazione dell'obbligo di controllo e verifica delle informazioni rese fruibili dal servizio offerto senza particolari formalità,

¹¹⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, I "prodotti editoriali" elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione, in *Dir. inf.*, 2001, p. 153 ss.

¹¹⁶ D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

¹¹⁷ Trib. Firenze, 13 febbraio 2009, consultabile su www.penale.it e citata da D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

obbligo scaturente dalla registrazione cui sarebbero sottoposti coloro che, operando nel *web*, agiscono con funzioni editoriali.

Nel caso di specie, infatti, non potendosi ravvisare un concorso *ex art.* 110 c.p. con l'autore della propalazione lesiva dell'altrui onorabilità, il profilo di responsabilità del direttore veniva sussunto nella fattispecie di cui all'art. 57 c.p. sul presupposto che «il sito internet, inteso quale insieme di hardware e di software attraverso cui si genera il prodotto telematico sotto forma di trasmissione di flussi di dati, in quanto prodotto editoriale, ai sensi della l. n. 62/2001, si deve ritenere sottoposto anche ai fini penali alla disciplina sulla stampa»¹¹⁸.

L'appena riportato orientamento secondo cui alle ipotesi di diffamazione commesse con il mezzo di un giornale telematico sarebbero applicabili le norme del codice penale in materia di stampa, di cui agli artt. 595 co. 3 c.p. e 57 c.p., in quanto i periodici *online* sarebbero sussumibili nel *genus* della stampa, ed essendo tali giornali soggetti alle indicazioni obbligatorie in tema di editoria previste per gli stampati e alla registrazione obbligatoria della testata (art. 1 co. 3), curati da un direttore responsabile e dotati di un editore è stato, tuttavia, fortemente criticato da parte della dottrina e giurisprudenza di merito¹¹⁹.

Lo scrivente, ritiene – per vero – che tali approdi giurisprudenziali siano il frutto di un procedimento analogico in *malam partem*¹²⁰, atteso che delle norme che il legislatore aveva inteso applicare a fattispecie peculiarmente connotate dall'utilizzo dello strumento della (sola) stampa vengono (analogicamente) applicate al caso simile della diffamazione a mezzo *internet*, con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri e, conseguentemente, del principio di legalità e dei suoi corollari.

Si vedrà, tuttavia, *infra* come tali osservazioni critiche siano state (apparentemente) superate – per mezzo di pronunce giurisprudenziali che, ad avviso di chi scrive, paiono di dubbia compatibilità con il principio di tassatività e con la giurisprudenza E.D.U. – dalla giurisprudenza di legittimità.

¹¹⁸ Trib. Firenze, 13 febbraio 2009, in www.penale.it.

¹¹⁹ *Ex plurimis*, si segnala la recentissima Ord. Tribunale di Roma, 24 aprile 2023, non commentata.

¹²⁰ In tal senso cfr. altresì D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI – L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

In particolare, apripista in tal senso è stata la pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 31022/2015 per cui gli editori delle testate *online* andrebbero equiparati agli editori delle testate giornalistiche tradizionali, in quanto entrambi svolgono la medesima attività di informazione e formazione dell'opinione pubblica.

In particolare, evidenziano i Supremi giudici come diversamente opinando si verificherebbe una situazione di tensione con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., legittimandosi un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete, «con la conseguenza paradossale che la seconda, anche se mera riproduzione della prima, sarebbe assoggettabile, diversamente da quest'ultima, a sequestro preventivo»¹²¹.

Sicché gli ermellini ritengono necessario discostarsi dall'esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare un'interpretazione estensiva dello stesso che consenta di attribuire al termine stampa un significato evolutivo, coerente col progresso tecnologico.

Tale interpretazione – qualificata come estensiva e non analogica da parte della Suprema Corte – sarebbe, peraltro, coerente con la *mens legis*, in quanto rispettosa dello scopo oggettivamente inteso dal legislatore e non confliggente con il sistema giuridico che regola il settore d'interesse.

2.4.2 L'applicabilità della disciplina di cui all'art. 57 c.p. alle testate giornalistiche telematiche

Nel paragrafo che precede è emerso l'estremo rilievo del fervente dibattito sorto in seno alla dottrina e alla giurisprudenza e afferente al tema della responsabilità dei direttori responsabili delle testate giornalistiche telematiche.

Come anticipato, parte della dottrina ha – accortamente – osservato come dovrebbe escludersi l'applicabilità della fattispecie di omesso controllo *ex artt. 57 c.p.* ai direttori dei periodici *online* a pena di ledere manifestamente il principio di legalità.

Nel nostro ordinamento, infatti, vige il divieto di analogia in *malam partem* in materia penale, sancito espressamente dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, e desumibile altresì dall'art. 25 della Carta Costituzionale, laddove prevede che

¹²¹ Cass. Pen., Sez. Un., 29 gennaio 2015, n.31022.

nessuno possa essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

In secondo luogo, non parrebbe possibile un'equiparazione tra internet e stampa al livello normativo.

Ciò in quanto le disposizioni della legge n.47 del 1948 fanno riferimento ad un concetto di stampato e di riproduzione non sussistenti nelle ipotesi di pubblicazioni a mezzo *web*.

Infatti, il testo pubblicato su sito *internet* non può in alcun modo essere considerato una riproduzione, poiché il relativo file si trova in unico originale sul sito stesso, e può essere consultato dall'utente mediante l'accesso alla pagina.

È stato osservato¹²² come l'art. 1, della l. n. 47, del 1948, individui come campo di applicazione le riproduzioni tipografiche in qualunque modo destinate alla pubblicazione, con conseguente impossibilità di applicare le norme sulla carta stampata alle comunicazioni telematiche, salva l'ipotesi in cui la propalazione effettuata sul *web* venisse stampata, duplicata e diffusa¹²³.

Sul punto, la Suprema Corte, negli anni addietro, ha osservato come «in riferimento al delitto di diffamazione a mezzo stampa, avvenuto su un sito online di un quotidiano nazionale, si ritiene che gli spazi comunicativi sul *web*, 'non essendo giornali', non possano godere della speciale protezione prevista per la libertà di stampa *ex l. 8 febbraio 1948, n. 47*. I messaggi che appaiono sui *forum* di discussione devono essere equiparati a quelli che possono essere lasciati in una bacheca, pubblica o privata, e come questi ultimi, nonostante siano, al pari dei primi, degli strumenti di comunicazione del pensiero, ovvero di informazioni, non rientrano (solo in quanto tali) nel concetto di stampa, sia pure in senso ampio. Di conseguenza ad essi (*blog, mailing list, chat, newsletter, e-mail, newsgroup, ecc.*) non sono applicabili le limitazioni in tema di sequestro previste dall'art. 21 Cost., che riserva la disposizione sul sequestro alla sola manifestazione del pensiero che avvenga attraverso la stampa, alla quale si deve

¹²² Cfr. F. MARCIANO, *Il reato di diffamazione a mezzo Internet*, su www.overlex.com

¹²³ Cass. Pen., 3 febbraio 1989 in Giust. pen., 1990, 2, 1974, «Ai fini della configurabilità di una fattispecie criminosa come reato commesso con il mezzo della stampa, le definizioni che di stampa e stampati fornisce l'art. 1, l. 8 febbraio 1948 n. 47, non sono suscettibili di interpretazione estensiva e/o analogica; ne consegue che non possono farsi rientrare né nel concetto di stampa né in quello di stampato le video-cassette preregistrate che vengono riprodotte con mezzi diversi da quelli meccanici o fisico-chimici richiamati dalla citata norma (fattispecie in tema di conflitto di competenza in ordine al reato di commercio di video-cassette pornografiche)».

riconoscere una dizione tecnica che la distingue dalla telematica data anche dal fatto che il direttore di un giornale on-line non può rispondere, *ex art. 57 c.p.*, di omesso controllo sui contenuti pubblicati. I predetti siti, conseguentemente, sono sequestrabili»¹²⁴.

La medesima Corte ha osservato come l'ipotesi di reato prevista dall'art. 57 c.p. a carico del direttore responsabile di un periodico a stampa non potrebbe trovare applicazione con riguardo ad un giornale che sia diffuso soltanto per via telematica, non essendo esso in alcun modo riconducibile alla nozione di stampa o stampato, che presuppone una riproduzione tipografica dello scritto, precedente alla sua diffusione in pubblico.

Conseguentemente, *ut amplius infra*, dovrebbe escludersi la responsabilità degli *access providers*, dei *service providers* e – *a fortiori* – degli *hosting providers* e altresì dei coordinatori dei *blog* e dei *forum* su *internet*, a meno che questi non fossero al corrente del contenuto criminoso del messaggio diramato, potendosi in tal caso contestare – non senza questioni problematiche di non secondario rilievo, ad avviso dello scrivente – agli stessi il concorso nel delitto di diffamazione perpetrato dall'autore della propalazione diffamatoria¹²⁵.

In altri termini, onde non ledere il principio di legalità, in passato è stata strenuamente sostenuta l'impossibilità di un'estensione della disciplina prevista dall'art. 57 c.p. nei confronti dei direttori di *giornali telematici*.

Tale posizione è, tuttavia, sin da subito parsa parzialmente confliggente con un altro principio cardine dell'ordinamento costituzionale, essendo manifesta la disomogeneità di trattamento fra soggetti che svolgono compiti tra loro perfettamente assimilabili¹²⁶, con conseguente lesione dell'art. 3 Cost..

Infatti, accedendo all'orientamento restrittivo circa l'applicabilità dell'art. 57 c.p., ai direttori dei quotidiani *online*, laddove sussistessero i presupposti per il concorso, sarebbe applicabile unicamente il più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 595 c.p., co. 3, c.p. («*offesa arrecata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità*»), stante la potenzialità lesiva e la diffusività che caratterizzano i messaggi messi in rete.

Per sopperire a tale disparità di trattamento tra direttori delle testate cartacee e non, è stata persino ipotizzata una totale eliminazione della responsabilità ai sensi dell'art.

¹²⁴ Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2013, 10594.

¹²⁵ Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, 35511.

¹²⁶ A. MINO, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica*, cit., 104.

57 c.p., facendo ricorso a un sistema sanzionatorio alternativo che da un lato possa garantire i principi fondamentali del diritto penale, scongiurando il rischio della configurabilità di una responsabilità puramente «da posizione» e, dall'altro, valuti le configurazioni attuali delle imprese giornalistiche, tenendo conto della suddivisione di ruoli all'interno della struttura stessa e limitando l'effettiva responsabilità del direttore successivamente al verificarsi della fattispecie di reato.

È stato, infatti, osservato come la posizione ricoperta dal soggetto non dovrebbe *ex se* rilevare in modo statico, con accertamento presuntivo della responsabilità, ma dovrebbe per converso essere collegata ad un esercizio disfunzionale dei compiti assegnati o dei poteri conferiti.

Ad avviso di chi scrive appare, in ogni caso, evidente come – pur essendo tanto possibili quanto opportune le disquisizioni dottrinarie sul punto – il compito di ritenere estensibile o meno l'ambito applicativo dell'art. 57 ai direttori di testate *online* non spetti certamente alla giurisprudenza né di merito né di legittimità, quanto piuttosto al solo legislatore.

Non è, infatti, in alcun modo ammissibile che si sopperisca in via pretoria all'inerzia del legislatore che non provveda a rimuovere una – oramai irragionevole e ingiustificata – disparità di trattamento al livello normativo.

Inutile dire che, come sovente accade, l'appena deprecata ipotesi è quella in concreto verificatasi nel nostro ordinamento.

Si è, infatti, recentemente pervenuti ad un rilevante *revirement* della giurisprudenza di legittimità per cui sarebbe opportuno effettuare un distinguo tra veri e propri giornali telematici, cui sarebbe estensibile la disciplina *ex art. 57 c.p.*, e i differenti mezzi informatici di manifestazione del pensiero, quali *forum*, *blog*, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list*, *facebook* e via discorrendo.

In particolare, ad avviso della Suprema Corte, la testata telematica soggiace alla normativa sulla stampa in quanto ontologicamente e funzionalmente sarebbe assimilabile alla pubblicazione cartacea, rientrando dunque, nella nozione di stampa di cui all'articolo 1 della succitata legge 8 febbraio 1948 n. 47.

Da ciò conseguirebbe la configurabilità della responsabilità ai sensi dell'art. 57 c.p. in capo ai direttori della testata telematica¹²⁷.

¹²⁷ Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre 2018, n.1275.

I giudici di legittimità hanno, infatti, ribadito che il giornale telematico non può sottrarsi alle garanzie e alle responsabilità previste dalla normativa sulla stampa, potendosi, dunque, ravvisare la responsabilità del direttore responsabile per il reato di omesso controllo *ex art.57 c.p.*.

Tale interpretazione trova le proprie radici nella pronuncia a Sezioni Unite¹²⁸ per cui il giornale telematico, «sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea. È, infatti, un prodotto editoriale, con una propria testata identificativa, diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un *hosting provider*, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC».

Nell'ottica di tale orientamento giurisprudenziale¹²⁹, infatti, escludendo – come fa altra parte della giurisprudenza di legittimità¹³⁰ – la responsabilità del direttore di un periodico *online* per il reato di omesso controllo in ragione del fatto che non sarebbe possibile ricomprendere detta attività nel concetto di stampa periodica si determinerebbe un irragionevole trattamento di disparità di trattamento dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete, con conseguente frizione di tale interpretazione con l'art. 3 Cost.

Sicché il termine “stampa” di cui all'art. 1 della Legge 47/1948 andrebbe inteso, non solo nella sua accezione tecnica di riproduzione tipografica ma altresì nella sua accezione figurata, idonea a ricomprendere qualunque prodotto editoriale che presenti i requisiti ontologico e teleologico propri di un giornale.

Tale nuova accezione del termine stampa consentirebbe, dunque, una interpretazione estensiva – e non analogica – del dettato normativo, in sintonia con l'evoluzione socio-culturale determinata dal progresso tecnologico, così ricomprendendo nel campo di applicazione della disciplina ordinaria e costituzionale sulla stampa anche i più innovativi strumenti di informazione telematica.

¹²⁸ Cass. Pen., Sez. U., 29 gennaio 2015, n. 31022, rv. 264090.

¹²⁹ Recentemente ribadito da Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2019, n. 1275.

¹³⁰ Cfr., *ex aliis*, Cass. Pen., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, rv. 259888.

2.4.3 La responsabilità penale dei providers

Negli ultimi decenni, l'esplosione delle comunicazioni *online* ha portato a un aumento esponenziale della quantità di dati e informazioni scambiati attraverso la rete.

Tuttavia, questa crescita ha anche portato con sé una serie di sfide legali e sociali, tra cui la questione della responsabilità degli *Internet Service Provider* (ISP) per i contenuti trasmessi attraverso le loro reti.

Gli ISP svolgono un ruolo fondamentale nella facilitazione dell'accesso alla rete, ma la loro posizione privilegiata ha anche sollevato preoccupazioni sulla loro responsabilità per i contenuti che passano attraverso le loro infrastrutture.

Si ravvisano diversi approcci alla questione della responsabilità degli ISP, con alcune giurisdizioni che impongono maggiori doveri in capo agli ISP e altre che ne minimizzano la responsabilità.

Questa tematica continua a suscitare interesse e dibattito in tutto il mondo, poiché la regolamentazione degli ISP e la loro responsabilità per i contenuti trasmessi attraverso le loro reti sono importanti per garantire un ambiente online sicuro e legale.

In via preliminare, appare opportuno premettere che ad avviso della dottrina¹³¹ e della giurisprudenza «quando una notizia risulti immessa sui cc.dd. *media*, vale a dire nei mezzi di comunicazione di massa (cartacei, radiofonici, televisivi, telematici ecc.), la diffusione della stessa, secondo un criterio che la nozione stessa di ‘pubblicazione’ impone, deve presumersi, fino a prova del contrario»¹³².

Conseguentemente, come anticipato nei paragrafi che precedono, non paiono permanere dubbi circa l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 595, comma 3, c.p., in quanto fa genericamente riferimento a “qualsiasi altro mezzo di pubblicità”, alla rete, in quanto la stessa rappresenta per certo un sistema di divulgazione delle informazioni *ad incertus personas*.

¹³¹ L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite*, cit., p. 288 ss., nonché V. SPAGNOLETTI, *Profili problematici del reato di diffamazione a mezzo internet*, in *Giur. merito*, 2003, p. 1622; e seppure con diverse sfumature M. NISTICÒ, *Sui reati contro l'onore per via telematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 57 ss.; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

¹³² Cfr. Cass. Pen., Sez. V., 25 luglio 2006, n. 25875, con nota di A. MACRILLÒ, *Presunzione iuris tantum di pubblicazione e prova del delitto di diffamazione con il mezzo della rete telematica*, in *Dir. Internet*, 2007, p. 166.

Maggiori e ben più complesse sono le problematiche concernenti l'accertamento del ruolo e la eventuale responsabilità penale di coloro che gestiscono servizi interattivi tramite cui soggetti terzi possano immettere e rendere accessibili al pubblico informazioni, sotto forma di testi, disegni o immagini, aventi contenuto illecito.

Occorre, in particolare, interrogarsi circa la possibilità o meno di configurare una responsabilità commissiva mediante omissione degli ISP, a norma degli artt. 110 c.p. e 40 cpv. c.p.¹³³.

Infatti, per l'ascrizione di una responsabilità a titolo di concorso omissivo è preliminarmente necessario accertare la sussistenza di una eventuale posizione di garanzia, cui è subordinata l'operatività della clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 cpv. c.p..

Sicché bisognerà verificare se l'ISP sia effettivamente dotato di un obbligo giuridico di impedire determinati fatti di reato o del potere/dovere di rimuovere specifici contenuti lesivi dell'altrui onorabilità.

È, infatti, certo che i *providers* possano rispondere degli illeciti posti in essere in prima persona – basti pensare al c.d. *content provider*, che fornisce personalmente dei contenuti mentre è ben più complesso verificare la possibilità che gli stessi possano rispondere del fatto illecito altrui, posto in essere avvalendosi delle infrastrutture di comunicazione del *network provider*, del *server* dell'*access provider*, del sito creato sul *server* dell'*host provider*, dei servizi dei *service provider* o delle pagine memorizzate temporaneamente dai *cache-providers*.

Prima di analizzare le responsabilità di tali soggetti, mette conto evidenziare come il quadro normativo di riferimento della disciplina in parola debba essere rinvenuto nel decreto legislativo n.70/2003, emanato in attuazione della Direttiva Europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, afferente agli aspetti giuridici della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

All'art. 7 di tale atto normativo vengono definiti ISP quali «fornitori di servizi in internet» mentre all'art. 2 viene chiarito che per servizi della società dell'informazione si intendono le attività economiche svolte *online* nonché i servizi indicati dalla L. n. 317/1986, art. 1, comma 1, lett. b, cioè qualunque servizio di regola retribuito, a distanza,

¹³³ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983.

in via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Tra queste prestazioni rientrano, a titolo esemplificativo, la fornitura dell'accesso ad *internet* e a caselle di posta elettronica.

Ma quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione è quanto sancito dall'art. 15 della citata direttiva 2000/31/CE e, conseguentemente, dall'art. 17 del D.Lgs. 70/2003, per cui «nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano nè un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

Parrebbe esser stata, dunque, sancita al livello normativo l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza *ex ante* in capo ai *providers*, che parrebbe permanere anche alla luce del recente *Digital Service Act*.

Non appare, infatti, in alcun modo possibile desumere tale obbligo da fonti differenti.

In primo luogo, infatti, va rilevato come l'art. 57 c.p. sia un istituto pensato dal legislatore quale applicabile a soggetti del tutto differenti e unicamente in materia di stampa, sicché l'eventuale applicazione dello stesso agli ISP si risolverebbe in una evidente analogia *in malam partem* vietata, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., nel nostro ordinamento¹³⁴.

In secondo luogo, simili obblighi non paiono neppure desumibili dalle norme in materia di protezione dei dati personali, che sono state emanate a copertura di comportamenti del tutto differenti rispetto alle condotte di diffamazione¹³⁵.

¹³⁴ G. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giust. di merito*, 2004, 1719; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giustizia di merito*, 2010, 2232; S. GATTI, *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida al diritto*, 2010, 25, p.8.

¹³⁵ C. PARODI – A CALICE, *Responsabilità penale e internet*, Giuffrè, 2001, 35.

Né, infine, è prevista una simile responsabilità a norma del predetto D.Lgs. 70/2003.

Non è, infatti, prevista una responsabilità di carattere generale dei *providers* quando svolgono servizi di *mere conduit*, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, consistente nel trasporto dei dati, di *caching*, ai sensi dell'art. 13, consistente nella memorizzazione temporanea, e di *hosting*, ai sensi dell'art. 14, consistente nella memorizzazione duratura dei dati.

Come parzialmente anticipato, l'attività di *mere conduit* consiste nel semplice trasporto di dati e concerne tanto la trasmissione di informazioni fornite da un destinatario del servizio – si pensi ad una email inviata da un utente – quanto il fornire un accesso ad *internet*.

Trattasi, in altri termini, il ruolo svolto dall'*access provider*, il quale non sarà responsabile per il contenuto delle informazioni trasmesse telematicamente qualora sussistano tre condizioni negative.

In specie, questi, in primo luogo, non deve dare origine alla trasmissione; in secondo luogo non deve selezionare il destinatario della trasmissione; infine, non deve selezionare né modificare le informazioni trasmesse¹³⁶.

In tal caso, il *provider* limitandosi ad un ruolo meramente passivo di semplice trasmissione tecnica, non può ritenersi responsabile del contenuto delle informazioni che transitano tramite il servizio offerto.

Tuttavia, la direttiva non esclude la possibilità che ciascun ordinamento possa, come ha fatto l'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 14, comma 3, D.Lgs. 70/2003, prevedere che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa pretendano che il fornitore impedisca o ponga fine alla violazione perpetrata tramite il servizio prestato.

Il servizio di *caching* consiste, invece, nella memorizzazione automatica, intermedia e temporanea dei dati, sotto forma di file *cache*, effettuata al solo scopo di rendere più efficace la sua successiva trasmissione ad altri destinatari del servizio.

In relazione a tale successivo inoltre il fornitore è responsabile esclusivamente ove interferisca con le informazioni memorizzate ovvero non proceda alla rimozione dei

¹³⁶ S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 135.

dati memorizzati non appena venga effettivamente a conoscenza della circostanza che queste sono state rimosse dal luogo di origine o che verranno presto da questo rimosse¹³⁷.

Appare, dunque, chiaro che la citata direttiva UE non impone a dette categorie di *provider* né un obbligo generale di sorveglianza *ex ante* né alcun obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Differente e ben più complessa è invece la posizione dei c.d. *hosting providers*.

La medesima normativa impone, infatti, a detti *providers* di informare prontamente degli illeciti rilevati le autorità competenti e a condividere con le stesse ogni informazione che possa aiutare a identificare l'autore della violazione.

Nel caso in cui tali soggetti non provvedano a collaborare con le autorità si avrà la possibilità di riconoscere gli stessi civilmente responsabili dei danni provocati.

Questa ipotesi di responsabilità *ex post* dell'ISP trova il proprio referente normativo nell'art. 14, comma 1, lett. b) della citata direttiva e nell'art. 16 del D.Lgs. 73/2003, per cui i c.d. *hosting provider* sarebbero responsabili in quanto forniscono agli utenti uno spazio telematico da gestire.

Questi saranno, tuttavia, responsabili solo nel caso in cui siano effettivamente a conoscenza della presenza di un contenuto illecito sui propri *server* e ciononostante omettano di rimuoverlo.

Sotto il profilo strettamente penalistico ivi d'interesse, come anticipato in premessa, si potrebbe ipotizzare una responsabilità dell'ISP per concorso omissivo nel reato commissivo dell'utente.

Sul punto, tanto la giurisprudenza penale quanto quella civile ha individuato nella previsione dell'art. 14 della Direttiva Europea e, dunque, dell'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, la fonte di un obbligo d'impedimento a carico degli ISP, legittimante un'imputazione di responsabilità degli stessi a titolo concorsuale¹³⁸.

È stato, tuttavia, opportunamente osservato come la suddetta norma parrebbe imporre la necessità – ai fini di una responsabilità penale del provider – del dolo diretto con riferimento alla conoscenza del portato diffamatorio del contenuto presente in rete, con conseguente limitazione del ricorso alla categoria del dolo eventuale¹³⁹.

¹³⁷ G. STEA, *La responsabilità penale dell'internet provider*, in *Giurisprudenza penale*, 2016.

¹³⁸ *Ex aliis*, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 12 luglio 2016, n. 54946.

¹³⁹ In tal senso, cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che*

Il quadro appena reso va peraltro integrato con le previsioni del recentissimo *digital service act*, il cui impatto sulla responsabilità dei *providers* verrà analizzato *funditus* nel III capitolo del presente elaborato.

Va rilevato, infatti, che prima di tale Regolamento europeo, lo sviluppo giurisprudenziale sul tema, però, non era stato accompagnato da modifiche del testo normativo di riferimento, dimostratosi ormai inadeguato alla materia che si prefigge di regolare, sicché la sola giurisprudenza e non anche la normativa si era sino ad oggi evoluta parallelamente ai cambiamenti tecnologici verificatisi nel corso degli anni¹⁴⁰.

La frammentarietà delle fonti e degli interventi in materia, infatti, non rende affatto semplice un'analisi sistematica delle fattispecie che vedono coinvolte le diverse tipologie di *provider* e l'atipicità delle loro attività, che – come sopra si è detto – presentano dinamiche e problematiche differenti.

La più evidente distinzione può essere effettuata tra i motori di ricerca, quali Google, Bing etc..., e i gestori dei siti sorgente e di piattaforme *online*, quali Facebook, Instagram, LinkedIn o YouTube, che ospitano o trasmettono i contenuti organizzati e messi a disposizione dal motore di ricerca.

Sicché in applicazione delle sopra riportate regole generali, i fornitori dei servizi *internet* potranno concorrere nel delitto di diffamazione solo laddove emerga la prova che gli stessi abbiano dolosamente inteso scientemente diffondere la propalazione altrui consci che la stessa fosse lesiva dell'altrui onorabilità.

Medesime conclusioni possono trarsi con riferimento ai titolari di siti *internet* i quali ben possono essere chiamati a rispondere per i *link* ivi riportati laddove emerga che gli stessi abbiano inteso fungere da cassa di risonanza per la notizia diffamatoria¹⁴¹.

In altri termini, tutti detti *provider*, pur non avendo alcun obbligo di vigilanza, potranno tuttavia essere chiamati a rispondere penalmente dell'omessa rimozione laddove, in seguito ad una precipua segnalazione, non si siano attivati per la cancellazione del contenuto¹⁴².

loro gestiscono, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 2523; S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 138.

¹⁴⁰ M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo* in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n.1, 34.

¹⁴¹ M. BERLINI–P. LA GUMINA, *La (non) responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti*, in *Dir. Internet*, 2007, n.4, 342.

¹⁴² S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 141.

L'argomento in parola ha, peraltro, interessato altresì la Corte E.D.U., che ha avuto modo di chiarire che non sia possibile attribuire automaticamente una responsabilità ai gestori dei siti in quanto ciò parrebbe avere degli effetti negativi sulla libertà d'espressione, dovendosi dunque ritenere più opportuno limitare la tendenza generale alla responsabilizzazione degli intermediari¹⁴³.

Conclusivamente, allo stato, parrebbe che il *provider* possa essere chiamato a rispondere – per certo – dei contributi di cui è direttamente autore o, a titolo di concorso, laddove abbia offerto un qualsivoglia contributo attivo¹⁴⁴ (che per taluno potrebbe essere integrato anche dalla consapevole omessa rimozione del contenuto diffamatorio), mentre maggiormente discussa è la possibilità che lo stesso sia chiamato a rispondere della fattispecie omissiva impropria in quanto non v'è unanimità circa la sussistenza di un dovere di sorveglianza o alcuna posizione di garanzia in capo all'ISP.

Per vero, ad avviso dello scrivente, la base normativa per rinvenire una posizione di garanzia in capo agli ISP potrebbe – quantomeno *prima facie* – rinvenirsi nelle disposizioni che prevedono gli obblighi di rimozione degli effetti derivanti da “fatti” già realizzati (artt. 14, comma, 3, 15, comma 2 e 16, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003) e gli obblighi di segnalazione di illeciti (art. 17, comma 2, D.Lgs. n. 70/2003) e nelle recenti novelle del *Digital Service Act*.

Dette disposizioni, infatti, pur presupponendo l'assenza di un obbligo di controllo *ex ante* sui contenuti, paiono imporre all'ISP un contro *ex post* sugli stessi, laddove prenda effettivamente contezza del verificarsi di contegni illeciti.

Ne consegue che l'eventuale sciente omessa rimozione potrebbe essere ritenuta penalmente rilevante *ex artt.* 40 e 110 c.p., essendo attribuito agli ISP il potere/dovere di evitare che i fatti di reato commessi da altri consociati giungano a più gravi conseguenze¹⁴⁵.

¹⁴³ S. VIMERCATI, *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Phil c. Svezia*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n.1, 152.

¹⁴⁴ In tal senso S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 142.

¹⁴⁵ In tal senso, si veda L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e processo*, 3, 1999, 379 ss., secondo il quale una responsabilità da omesso impedimento degli effetti di un reato altrui (ex art. 40, comma 2, c.p.) sarebbe configurabile nelle ipotesi previste dalla legge, (es: artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, e 17 comma 3, D.Lgs. n. 70/2003), in cui graverebbe sul *provider* un dovere di intervenire su richiesta dell'autorità, o qualora abbia diretta conoscenza dell'illiceità dei contenuti memorizzati, per rimuovere o inibire l'accesso ai contenuti illeciti; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 4, 1999, 501 ss.

Tale quadro parrebbe confortato dalle novelle apportate dagli artt. 6 e 16 del DSA, il quale ha previsto – *ut amplius supra sub cap. I e infra sub cap. III* – degli ulteriori oneri di *take down* in seguito alle segnalazioni degli utenti.

Con riferimento a talune delle disposizioni appena citate quale possibile base giuridica di una posizione di garanzia degli ISP, preme evidenziare come in dottrina sia stato osservato che alcun rilievo penalistico dovrebbe essere mosso agli ISP in caso di omessa collaborazione dell'ISP con le autorità e per non aver denunciato gli illeciti di cui ha avuto conoscenza in quanto, almeno allo stato, la violazione di tali obblighi costituirebbe una fonte di responsabilità meramente civilistiche¹⁴⁶.

Si vedrà, tuttavia, *infra*, nel capitolo conclusivo del presente elaborato, come lo scrivente ritenga del tutto imprescindibile un intervento del legislatore italiano sul punto, parendo manifesto il vuoto di tutela penalistica rispetto a beni giuridici di estremo rilievo per l'ordinamento costituzionale.

2.4.4 La responsabilità penale del blogger e del moderatore di forum

Tema parzialmente differente rispetto a quello appena affrontato è quello afferente al gestore di un *blog*.

Tale termine deriva da *weblog*, ossia “traccia su rete” ed è stato ideato da Jorn Barger nel 1997.

La versione tronca *blog* parrebbe esser stata, invece, ideata da Peter Merholz il quale nel 1999 ha usato la frase “*we blog*” nel suo sito, dando origine al verbo “*to blog*”.

Sul punto si riscontra una vasta giurisprudenza di merito¹⁴⁷ e di legittimità, parzialmente ondivaga sull'ampiezza delle responsabilità del gestore di tali piattaforme.

Parte della giurisprudenza ha, in particolare, ritenuto che pur non utilizzando la medesima forma semantica per il gestore e proprietario del sito *internet* su cui altri

¹⁴⁶ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale*, Giuffrè, 2012, 66.

¹⁴⁷ Trib. Aosta, sent. 26 maggio 2006, n. 553, con nota critica di I. SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1065 ss; P. GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 486 ss.; Trib. Milano, sent. 18 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 1713 ss., con nota di F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez-faire e obblighi di controllo*.

possono inserire i propri commenti «colui che gestisce il blog altro non è che il direttore responsabile dello stesso»¹⁴⁸.

Nel caso di specie era stato accertato che alcuni messaggi fossero riconducibili alla digitazione del gestore/titolare del *blog* – e, dunque, nel caso in cui gli stessi avessero avuto una qualche attitudine diffamatoria non vi sarebbe stato alcun dubbio circa la responsabilità penale personale del *blogger* – in quanto dallo stesso sottoscritti attraverso uno pseudonimo con il quale era solito firmarsi. Differentemente per altri messaggi, parimenti lesivi della reputazione dei soggetti presi di mira, postati in modo anonimo, l'autore non risultava individuabile.

Il titolare e gestore del *blog* veniva, dunque, tratto a giudizio per rispondere del reato di diffamazione aggravata, per fatto proprio e per non aver impedito che terzi offendessero la reputazione altrui e, all'esito del dibattimento, veniva condannato ai sensi dell'art. 596-bis c.p., perché riconosciuto responsabile per aver omesso il dovuto controllo sui post da terzi veicolati tramite il servizio dallo stesso offerto e gestito¹⁴⁹.

In specie, il giudice fondava il giudizio di colpevolezza sulla asserita sussistenza in capo al gestore del *blog* di un potere di filtraggio dei contenuti inseriti da soggetti terzi, con conseguente possibilità per lo stesso di cancellare i messaggi dal contenuto illecito.

Partendo da tali premesse si riteneva possibile ritenere sussistente in capo al predetto gestore l'obbligo di adottare le medesime cautele che sono proprie dell'attività di controllo del direttore responsabile, del vice-direttore, dell'editore e dello stampatore del periodico secondo quanto previsto dagli artt. 57 e ss. c.p..

Sicché, in maniera – *ut supra* evidenziato – scarsamente rispettosa del principio di legalità, *internet* e i suoi innumerevoli servizi venivano ritenuti automaticamente assibilibili agli altri mezzi di comunicazione, espressamente indicati dalle norme relative ad altri settori delle comunicazioni¹⁵⁰.

Tale impostazione veniva, tuttavia – ad avviso di chi scrive, opportunamente – censurata dalla Corte di Appello di Torino che, in sede di gravame riformava la sentenza

¹⁴⁸ Trib. Aosta, sent. 26 maggio 2006, n. 553, in *Giur. merito*, 2007, p. 1065 ss., con nota critica di I. SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*.

¹⁴⁹ La vicenda de qua è citata altresì in D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

¹⁵⁰ *Contra*, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 15 s.

di primo grado, assolvendo il gestore del *blog* dalle accuse relative all'omesso impedimento delle condotte poste in essere da soggetti terzi non individuati, ferma restando la condanna a titolo di diffamazione aggravata per i soli *post* allo stesso direttamente riconducibili.

La sentenza di seconde cure muoveva dall'assunto per cui, pur essendo vero che il *blogger* fosse in grado di cancellare i commenti, si sarebbe, in ogni caso, verificata una sostanziale impossibilità tecnica di un vaglio preventivo del contenuto del materiale postato da terzi.

Veniva, infatti, opportunamente osservato come la quantità dei messaggi veicolati in rete da vagliare caso per caso non consente monitoraggi costanti che abbiano efficacia impeditiva dimostrata anche a causa della possibilità di essere costantemente modificati dall'autore., sicché il preteso dovere d'impedimento ritenuto sussistente dal giudice di prime cure sarebbe, per vero, in sostanza inesigibile¹⁵¹.

Peraltro, in maniera correttamente rispettosa del principio di legalità, giudici distrettuali evidenziavano l'inapplicabilità ai fatti commessi *online* delle norme in cui il concetto di stampa atteso che l'attività svolta da coloro che offrono e gestiscono servizi di *chat, mailing list, forums, news groups, blogs* presenta differenze strutturali rispetto a quella svolta dal direttore di un giornale al punto da non consentire l'estensione ai primi del precetto di cui all'art. 57 c.p..

Conseguentemente, pur volendo ritenere l'applicazione analogica della predetta norma – che comunque non sarebbe ammessa in quanto *in malam partem* e in materia penale – non sussisterebbe neppure l'*eadem ratio* giustificativa di tale estensione dell'ambito applicativo dell'istituto invocato.

Per come già evidenziato *supra* nel paragrafo relativo alla diffamazione a mezzo stampa, la disposizione codicistica appena cita ascrive al direttore e al vice-direttore responsabile di un periodico una responsabilità per fatto proprio omissivo per i reati commessi col mezzo della stampa¹⁵².

¹⁵¹ G. FORNASARI, *Il ruolo dell'esigibilità nella definizione della responsabilità penale del Provider*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Cedam, 2004, p. 423 ss.

¹⁵² In tal senso, cfr. M. ROMANO, *sub art. 57*, in M.ROMANO-G.GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, vol. I, p. 616, per cui l'art. 57 prevede un'ipotesi speciale di agevolazione colposa geneticamente dipendente dalla condotta dell'autore dell'articolo a contenuto illecito.

L'operatività di detto istituto deve, dunque, restare perimetrata esclusivamente ai soggetti qualificati che assumono il ruolo indicato a seguito di specifica nomina ai sensi degli artt. 3 e 5 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, in quanto solo in forza di tale funzione essi assumono la qualifica di «garanti della correttezza dell'informazione»¹⁵³.

Sicché non pare, ad avviso dello scrivente, in alcun modo possibile ravvisare in capo al mero gestore di un *blog* quegli obblighi di vigilanza e di sindacato sul materiale e da cui deriva l'obbligo di impedire che con il mezzo della pubblicazione siano commessi reati e che può essere efficacemente espletato mediante una penetrante e capillare verifica sul contenuto della informazione.

D'altra parte, la struttura di un *blog* non è in alcun modo assimilabile a quella di un giornale tradizionalmente inteso, con la conseguenza che quantomeno sotto il profilo dei risvolti penalistici in caso di omesso controllo del materiale ivi caricato da soggetti terzi non pare possibile effettuare alcuna interpretazione estensiva della normativa vigente in materia di stampa.

Più recentemente, in senso conforme alla pronuncia della corte distrettuale sopra riportata, nell'ambito di un procedimento riguardante la pubblicazione di messaggi diffamatori su un *blog*, postati da persone terze, e non tempestivamente rimossi dal gestore del *blog*, la Suprema Corte ha affermato che «il Giudice di primo grado, [...], ha diffusamente argomentato per escludere l'equiparazione del *blog* all'attività di stampa e ha fatto leva su tali principi per negare una responsabilità del gestore di *blog* equiparabile a quella propria del direttore responsabile ex art. 57 cod. pen. [...]. Tale valutazione era del tutto corretta»¹⁵⁴.

Sicché il *blogger* dovrà esser ritenuto responsabile per i contenuti pubblicati da terzi ivi presenti solo laddove «presa cognizione della lesività di tali contenuti, li mantiene consapevolmente. In particolare la non tempestiva attivazione da parte del *blogger* al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo *blog* equivale non al mancato impedimento dell'evento diffamatorio – rilevante ex art. 40, secondo comma, cod. pen., ma alla consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione,

¹⁵³ D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

¹⁵⁴ Cass. Pen., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 2929.

con ulteriore replica della offensività dei contenuti pubblicati su un diario che è gestito dal blogger stesso»¹⁵⁵.

In altri termini la Corte di Cassazione ha confermato che i titolari di siti *web*, da una parte non possono essere chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 57 c.p., ma, dall'altra, al verificarsi di determinate condizioni, possono rispondere a titolo di concorso nel delitto di diffamazione aggravata commesso dall'utente che ha diffuso il contributo offensivo, laddove ne condividono il contenuto non provvedendo tempestivamente alla sua cancellazione¹⁵⁶, ravvisandosi un contributo concorsuale sia morale sia materiale del gestore alla realizzazione del fatto illecito da parte dell'autore del *post*.

Tale approccio appare pienamente coerente con il quadro dell'ordinamento costituzionale e del tutto rispetto del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost.¹⁵⁷ e del divieto di analogia in *malam partem*¹⁵⁸, in quanto esclude che l'attività di chi gestisce siti *web* e *blog* soggiaccia alla regolamentazione prevista dalla legge 47/1948 in materia di stampa.

Una volta chiarita la posizione del gestore del *blog*, preme evidenziare come le medesime considerazioni siano spendibili anche con riferimento al moderatore di *forum*.

Anche in tal caso, infatti, paiono difettare del tutto i presupposti per l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 57 c.p., sicché anche il soggetto in parola potrà essere chiamato a rispondere unicamente a titolo di concorso doloso nella diffamazione posta in essere dal soggetto che abbia in concreto effettuato la propalazione lesiva dell'altrui onorabilità¹⁵⁹.

Sul punto, infatti, si riscontra un orientamento concorde della maggior dottrina¹⁶⁰ e della giurisprudenza di legittimità¹⁶¹ secondo cui l'amministratore di un sito *internet*, al pari del *blogger* e al pari del moderatore di un *forum* non può essere ritenuto in alcun

¹⁵⁵ Cass. Pen., sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546.

¹⁵⁶ Cass. Pen., sez. V, 12 gennaio 2021, n. 7220

¹⁵⁷ I. SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito* e in *Dir. Internet*, 2006, p. 1071, nonché P. GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. Internet*, 2006, p. 490.

¹⁵⁸ S. TABARELLI DE FATIS, *La controversa disciplina penale della diffamazione tramite Internet*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 314 e 317; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011, p.54.

¹⁵⁹ S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 149.

¹⁶⁰ *Ex plurimis*, C. PEDULLÀ, *L'amministratore di un sito internet non è responsabile i sensi dell'art. 57 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 2018, n.2, 3744.

¹⁶¹ *Ex aliis*, Cass. Pen., Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751; Cass. Pen., Sez. V, 10 luglio 2016, n. 54946.

modo equiparabile al direttore di una testata, cartacea o telematica che sia, in ragione della evidente differenza tra i suddetti strumenti di comunicazione.

Sicché, pur essendovi stato un *revirement* circa l'applicabilità dell'art. 57 ai direttori di testate telematiche non sarà, in ogni caso, possibile contestare l'omesso controllo a soggetti differenti rispetto a quelli espressamente previsti dalla disposizione richiamata.

Questi potranno, tuttavia, chiaramente rispondere a titolo di concorso in quanto la non tempestiva attivazione del *blogger* o del moderatore di un *forum* ai fini della rimozione di un contenuto può essere valutata quale un contributo – a cavallo tra il commissivo e l'omissivo – causalmente determinate una «replica dell'offensività dei contenuti pubblicati»¹⁶².

Sul punto, chi scrive ritiene di condividere – in gran parte – quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte in materia *de qua*¹⁶³ che ha avuto modo di evidenziare come per l'accertamento di un concorso omissivo nel reato commissivo altrui occorre la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento determinato dall'esistenza di una posizione di garanzia.

Com'è noto, le *conditiones sine qua non* per la ricorrenza di una posizione di garanzia sono l'esistenza di un bene giuridico che necessita di essere protetto, di una fonte giuridica – anche negoziale – posta a tutela dello stesso, l'individuazione di soggetti dotati di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito¹⁶⁴.

Sicché, ai fini dell'operatività della cosiddetta clausola di equivalenza di cui all'art. 40 capoverso del codice penale, nell'accertamento degli obblighi impeditivi gravanti sul soggetto che versa in posizione di garanzia sarà necessario considerare la fonte da cui promana l'obbligo giuridico d'impedimento, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta o altra fonte obbligante¹⁶⁵.

Nel caso tanto del *blogger* quanto in quello del moderatore del *forum* non pare, invece, configurabile una posizione di garanzia atteso che tali soggetti non sono investite da alcuna fonte di poteri giuridici impeditivi di eventi offensivi di beni altrui.

¹⁶² S. BOLOGNINI-A. D'AVIRRO-M. D'AVIRRO, *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022, 150.

¹⁶³ Cass. Pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n.12546.

¹⁶⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, rv. 248849.

¹⁶⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 9855, Rv. 262440.

Ne consegue che la non tempestiva attivazione da parte del ricorrente al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo *blog* debba essere equiparata ad una sostanziale consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione.

Le medesime conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza di legittimità in materia responsabilità di un gerente di un sito *internet*, il quale aveva mantenuto consapevolmente un articolo diffamatorio su detto sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria¹⁶⁶.

È stato, per vero, evidenziato come il tema problematico ai fini della configurazione del concorso tanto omissivo quanto commissivo nel delitto di diffamazione sarebbe correlato al fatto che, essendo – discutibilmente, ad avviso di chi scrive – incontrovertibile in giurisprudenza la natura di reato istantaneo del delitto di diffamazione,¹⁶⁷ parrebbe difficile dare rilievo alle condotte successive alla diffusione della propalazione, quali quelle di omessa rimozione del contenuto diffamatorio.

Infatti, proprio in materia di diffamazione a mezzo *web*, ai fini della verifica della tempestività della proposizione della querela, la Suprema Corte ha affermato che «la diffamazione, avente natura di reato di evento, si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa e, dunque, nel caso in cui frasi o immagini lesive siano immesse sul web, nel momento in cui il collegamento sia attivato, di guisa che l'interessato, normalmente, ha notizia della immissione in internet del messaggio offensivo o accedendo direttamente in rete o mediante altri soggetti che, in tal modo, ne siano venuti a conoscenza»¹⁶⁸.

Ne consegue che, perfezionandosi la fattispecie nel momento della pubblicazione in rete del contenuto offensivo, l'eventuale condotta di omessa rimozione del contenuto sarebbe collocata temporalmente dopo la consumazione del reato.

Al fine di superare tali perplessità sulla configurabilità di una responsabilità in concorso tanto *ex artt.* 40 e 110 c.p. la giurisprudenza ha fatto ricorso alla figura della pluralità di reati, integrati dalla ripetuta trasmissione del dato denigratorio¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 14 luglio 2016, n. 54946.

¹⁶⁷ Cass. Pen., Sez. V, 19 ottobre 2010 n. 1763, Rv. 24950701; Cass. Pen., Sez. I, ordinanza 15 maggio 1979 n. 1524.

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sez. V, 27 aprile 2012, n. 23624, Rv. 25296401.

¹⁶⁹ Cass. Pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n.12546.

Dello stesso avviso parrebbe essere la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, per cui il soggetto che, pur avendone la possibilità, ometta di rimuovere i contenuti diffamatori li farebbe, in buona sostanza, propri, commettendo un’ulteriore condotta diffamatoria¹⁷⁰.

Tuttavia, preme evidenziare come la condotta di omessa rimozione (differentemente rispetto a quella di ripubblicazione) possa difficilmente qualificarsi come commissiva, sicché, in assenza di una fattispecie omissiva propria e a meno che non si voglia ritenere sussistente in capo al gestore del *blog* o del *forum* una posizione di garanzia, non parrebbe possibile contestare allo stesso alcun concorso omissivo nel reato commissivo altrui.

2.4.5 La diffamazione come reato permanente e il caso Facebook vs. SnaiTech

Ad avviso di chi scrive, per come parzialmente anticipato, un problema di non secondario rilievo attiene alla qualificazione della fattispecie di diffamazione quale reato istantaneo¹⁷¹.

Come anticipato, infatti, ritenendo che la fattispecie diffamatoria abbia natura istantanea, consumandosi nel momento della pubblicazione in rete del contenuto offensivo, l’eventuale condotta di omessa rimozione del contenuto collocherebbe temporalmente dopo la consumazione del reato.

Sicché al più la “condivisione” – c.d. “*repost*” – del contenuto potrebbe ritenersi integrante una nuova e differente fattispecie diffamatoria, mentre più problematico sarebbe ritenere penalmente perseguibile la mera omessa rimozione in quanto, come detto, al più si tratterebbe di un *post-factum* non punibile, in quanto la stessa sarebbe del tutto irrilevante rispetto al nesso eziologico tra condotta ed evento del reato.

Tali problematiche potrebbero, tuttavia, esser superate – ad avviso di chi scrive – attraverso la qualificazione della fattispecie in parola quale reato permanente onde superare le difficoltà sin qui rappresentate.

D’altra parte, nei reati istantanei la condotta ha un effetto irreversibile (si pensi ad esempio alla fattispecie di omicidio) mentre nella diffamazione la lesione dell’altrui

¹⁷⁰ C.E.D.U., 9 marzo 2017, Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia. In senso parzialmente critico, cfr. C. PAGELLA, *La cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2019.

¹⁷¹ Cass. Pen., Sez. V, 19 ottobre 2010 n. 1763, Rv. 24950701; Cass. Pen., Sez. I, ordinanza 15 maggio 1979 n. 1524.

onorabilità parrebbe del tutto reversibile, anche ad avviso dello stesso legislatore che ha previsto degli istituti, quale quello della rettifica, che presuppongono ontologicamente la possibilità di rimuovere le conseguenze dell'offesa.

La qualificabilità del delitto di diffamazione quale reato permanente è corroborata dalla natura comprimibile del bene giuridico tutelato dell'onore che, al pari della libertà personale, al termine dell'offesa può – in astratto – tornare “integro”¹⁷².

Basti pensare che nel novero dei reati permanenti, prima della depenalizzazione, veniva annoverata l'ingiuria qualora non si verificasse *una tantum*¹⁷³.

Peraltro, la dottrina dominante, ritiene che la condotta tipica – anche a titolo di concorso – possa compiersi indifferentemente mediante un'azione o un'omissione: ciò che rileva è il perdurare di quest'ultima che viene considerata, infatti, come un unico reato, in quanto offensiva dello stesso bene giuridico.

Sicché, nel caso di specie, la condotta del *blogger* o del moderatore di *forum* che non rimuovano il contenuto, ad avviso dello scrivente, parrebbe assimilabile a quella del carceriere intervenuto in un momento successivo rispetto a quello della privazione della libertà personale del soggetto sequestrato il quale si inserisce nel decorso causale in un momento in cui la lesione del bene giuridico si è già verificata ma si sta protraendo in ragione di ulteriori condotte.

Appare, tuttavia, sussistere un ultimo nodo gordiano da sciogliere.

La condotta del *provider*, del *blogger* o del moderatore del *forum* che non rimuova l'altrui contenuto appare, per vero, difficilmente qualificabile come propriamente commissiva, sicché, dovendosi qualificare come commissiva mediante omissione imporrà, in ogni caso, l'accertamento della sussistenza di una posizione di garanzia in capo a detto soggetto.

È stato *supra* evidenziato come sia certo che in capo a tali soggetti non sussista alcun generale obbligo di sorveglianza o di preventivo impedimento dell'evento diffamatorio ma, tuttavia, non appare corretto affermarsi che gli stessi non siano dotati di poteri/doveri d'impedimento della protrazione delle condotte lesive dell'altrui onorabilità.

¹⁷² Sulla differenza tra reati permanenti e istantanei si fa rinvio a E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

¹⁷³ Cfr. E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

Basti pensare che in una recentissima pronuncia – per vero in materia civile – i giudici meneghini¹⁷⁴, nell’ambito della controversia *Facebook vs. SnaiTech* hanno contestato al *provider* di aver concorso a titolo omissivo «nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente».

È, infatti, opportuno ritenere che l’art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003, secondo la lettura resane dalla più recente giurisprudenza, è fonte di una posizione di garanzia dell’*hosting provider*, che, se per definizione è estraneo alla originaria perpetrazione dell’illecito del destinatario del servizio, ne diviene giuridicamente responsabile laddove per la sua sciente inerzia non ne impedisca la protrazione.

Sotto il differente profilo soggettivo invece, occorre evidenziare come una siffatta ipotesi si sostanzi non in una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma in una vera e propria responsabilità per fatto proprio, tanto da esser subordinata alla effettiva conoscenza della manifesta illiceità dell’altrui condotta di cui non si impedisce la prosecuzione.

Ne consegue che, pare possibile affermare che pur non sussistendo in capo ai provider un dovere di vigilanza *ex ante* sui contenuti potrebbe ritenersi sussistente – con non poche perplessità, *ut amplius infra sub cap. III* – tuttavia, un dovere di rimozione *ex post* dei contenuti manifestamente illeciti, sanzionabile a titolo di reato omissivo improprio.

Dopo tale – neppur troppo breve – chiosa, traendo le somme dalle riflessioni sin qui rese, appare possibile affermare, da un lato, che ciascuna forma di comunicazione telematica e ciascun servizio offerto dalla rete debbano essere disciplinati in maniera distinta e specifica rispetto alle comunicazioni a mezzo stampa¹⁷⁵ e, dall’altro, che le responsabilità di ciascun soggetto che operi attraverso i vari strumenti di comunicazione debbano essere accertate caso per caso, sulla base dei poteri e doveri sussistenti in capo allo stesso.

3. Le violazioni del diritto d’autore

¹⁷⁴ Tribunale di Milano, 15 febbraio 2023, sent. n. 1208.

¹⁷⁵ Si veda D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011, p. 55, il quale a sua volta richiama V. ZENO-ZENCOVICH, *I “prodotti editoriali” elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 158 e P. GALDIERI, *Giornalismo, diffamazione e blogging*, cit., p. 490.

3.1. Le peculiarità del diritto d'autore nell'era digitale

Il diritto d'autore è un tema di grande rilevanza nella società contemporanea, specie in ragione della diffusione massiccia delle tecnologie digitali e della rete.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso il panorama tanto dei crimini in materia di violazione del diritto d'autore, quanto il reticolato normativo volto a prevenirli, ha subito rilevanti mutamenti, legati al progresso tecnologico ed alla diffusione in tutto il globo della rete, nonché a spinte sovranazionali volte al rafforzamento della protezione dei diritti di proprietà intellettuale, anche mediante il riconoscimento e la regolamentazione giuridica delle nuove forme di tutela tecnologica¹⁷⁶.

Il “paradigma digitale-tecnologico”¹⁷⁷, d'altra parte, non avrebbe potuto influenzare le valutazioni politiche e le scelte economiche dei vari ordinamenti, chiamati a fronteggiare le diversificate esigenze di tutela e le situazioni, talvolta emergenziali, dovute alla comparsa di nuovi strumenti e metodologie utilizzabili per le violazioni del diritto d'autore¹⁷⁸.

La tutela del diritto d'autore è, all'evidenza, fondamentale per garantire la valorizzazione e la remunerazione del lavoro creativo, ma anche per promuovere l'innovazione e la diffusione della cultura. Tuttavia, con l'avvento delle nuove tecnologie, si sono moltiplicati i reati in materia di diritto d'autore, come la pirateria informatica, la distribuzione illegale di contenuti protetti e la contraffazione. In questo contesto, diventa cruciale comprendere le cause, gli effetti e le possibili soluzioni per contrastare efficacemente questi fenomeni illeciti e tutelare al meglio i diritti degli autori e dei titolari di diritti connessi.

Preme sin da subito evidenziare come, all'interno dell'oramai assai diffuso fenomeno complesso della pirateria si possano distinguere due sotto-categorie di fattispecie.

Accanto alla c.d. pirateria tradizionale, connotata da scopi di indebita locupletazione, è dato rinvenirsi un ben diverso fenomeno, che potrebbe essere definito

¹⁷⁶ R. FLOR., *sub* Diritto d'Autore, in Enc. Dir., Annali, X, 2017, 111 ss.

¹⁷⁷ W.M. LANDES– R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 1989, 325 ss.; S. BESEN S.- S. KIRBY S. – S. SALOP., *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, 1992, 383 ss.

¹⁷⁸ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1100.

“pirateria altruistica”, in quanto caratterizzato dalla diffusione di contenuti e risorse per uso meramente personale¹⁷⁹.

Ma v'è di più.

Nell'era digitale abbiamo assistito, da un lato ad un mutamento radicale della concezione stessa di “opera dell'ingegno” e, dall'altro ad una rivoluzione delle modalità di circolazione delle stesse, con conseguente impatto altresì sulle modalità di fruizione, anche illegittima¹⁸⁰.

Ad oggi, l'opera di ingegno o il prodotto intellettuale si possono, infatti, manifestare tramite informazioni digitali, prescindendo dall'incorporazione in un fisico¹⁸¹.

Sicché pare irrimediabilmente messa in discussione l'inidoneità di una tutela penale – per come concepita agli inizi del secolo scorso – avente ad oggetto quest'ultimo anziché direttamente l'opera, intesa quale frutto ed espressione delle idee dell'autore¹⁸².

E ancora.

La condivisione e diffusione delle opere dell'ingegno attraverso la rete determina la non necessità di un trasferimento o un passaggio “fisico” alcuno da un soggetto all'altro, con la conseguenza che la tutela giuridica tradizionale si dimostra del tutto inidonea a fronteggiare tali nuovi fenomeni¹⁸³.

Tale manifesta inadeguatezza ha determinato, a partire dalla seconda metà degli anni '90 del secolo scorso una sempre maggiore rilevanza assunta dalla “tutela tecnologica”, che unitamente a quella giuridica, è volta a predisporre delle misure

¹⁷⁹ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1100; S. SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 71 ss.

¹⁸⁰ L. MENOZZI, *Il nuovissimo Leviatano: divagazioni su Internet e il diritto d'autore*, in *Dir. Autore*, 2000, 464 ss.

¹⁸¹ V. DE SANCTIS, *Il nuovo diritto d'autore cinematografico*, in *Dir. Autore*, 1941, 223 ss.; A. FRAGOLA., *La cinematografia nella giurisprudenza*, CEDAM, 1966; L. CANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, Nyberg, 2005, p. 41 ss.

¹⁸² Sul punto si veda A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1100 ss. che a sua volta richiama la Relazione d'accompagnamento al d.d.l. n. 2773 presentato alla Camera dei Deputati l'11.3.1993, 9 (in Atti parlamentari – XI Legislatura), in cui si faceva espresso riferimento al “supporto informatico” quale “oggetto del reato”. Nell'ottica di chi scrive in maniera opportuna, la dottrina aveva acutamente rilevato l'inidoneità di una simile concezione, evidenziando l'obsolescenza della norma nell'era digitale, in cui la rete non tollera il legame statico con un supporto. *Ex plurimis*, C. SARZANA, *Informatica, Internet e diritto penale*, Giuffrè, 2010, 195 ss.; L. PICOTTI, Commento art. 3 legge 23.12.1993, n. 547 (Art. 491-bis c.p.: Documenti informatici), in *Legislazione penale*, 1996, 1-2, 62 ss. e, in particolare, 80 ss.; L. PICOTTI, *Reati informatici*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 2000, 1 ss. e C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, CEDAM, 2000, 145 ss.

¹⁸³ L. PICOTTI, *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. Internet*, 2008, 5, 437 ss.

tecniche di protezione atte a disciplinare i profili e le condizioni di accesso o di utilizzo all'opera, pur dovendo fronteggiare il costante proliferare di dispositivi diretti ad eludere o violare dette misure di protezione ed a consentire la fruizione abusiva dei prodotti creativi¹⁸⁴.

Per quel che è d'interesse ai fini del presente elaborato, preme evidenziare come, a ben vedere, seppur negli ultimi decenni vi sia stata una copiosa attività legislativa in materia *de qua*, gli interventi del legislatore sono stati tanto numerosi quanto frammentari, dando così origine ad un reticolo normativo connotato da una congerie di norme incriminatrici, talvolta sovrabbondanti o a fattispecie scarsamente coordinate fra di loro, costituenti il risultato dell'ispirazione a diversi modelli, rappresentati da fonti nazionali, europee ed internazionali, se non da precedenti esperienze legislative e giurisprudenziali italiane o straniere¹⁸⁵.

3.2. Cenni sull'evoluzione del quadro normativo italiano in materia di diritto d'autore e sugli elementi caratterizzanti la legislazione in esame

Il primo – e tutt'oggi fondamentale – testo normativo posto a tutela del diritto d'autore è, per l'appunto, la Legge «a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio», n.633/1941.

La risalenza di tale reticolato legislativo ha determinato la necessità di plurimi interventi di aggiornamento in quanto, come ampiamente evidenziato nel primo capitolo del presente elaborato, il Legislatore non può – e non deve – restare inerte innanzi ai mutamenti della società e, nel caso di specie, delle tecnologie.

Un primo intervento volto a riordinare in maniera sistematica i presidi in materia di diritto d'autore va rinvenuto della L. 18 agosto 2000, n. 248, tentando altresì di superare una pluralità di problematiche al livello ermeneutico ed interpretativo correlate al mancato coordinamento tra la legge sul diritto d'autore e l'imponente progresso tecnologico¹⁸⁶.

¹⁸⁴ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1100.

¹⁸⁵ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1100.

¹⁸⁶ R. FLOR, *Misure tecnologiche di protezione ed anticipazione della punibilità nel sistema di tutela penale dei diritti d'autore e connessi in Europa*, in G. GRASSO - L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 233 ss., 263 ss.

Prima novella di rilievo ad opera della appena menzionata legge attiene all'inserimento all'interno della legge sul diritto d'autore degli artt. 174-*bis* e 174-*ter*, volti a sanzionare sotto il profilo amministrativo, in relazione alla prima delle citate disposizioni in maniera cumulativa rispetto al presidio penalistico, in relazione alla seconda fattispecie nei soli casi in cui il fatto non concorra con le fattispecie penalmente rilevanti di cui agli artt. 171 e ss. della legge sul diritto d'autore¹⁸⁷.

Senza pretese di esaustività, preme evidenziare altresì come ad opera della medesima novella, sul piano del diritto penale sostanziale, il legislatore abbia provveduto a modificare gli artt. 171-*bis* e 171-*ter* e ad introdurre gli articoli 171-*quinquies*, 171-*sexies*, 171-*septies*, 171-*octies* e 171-*nonies*¹⁸⁸.

Tale intervento di modifica della legge sul diritto d'autore è stato, per vero, solo il primo fra tanti, in quanto – anche in ragione dei vincoli imposti all'Italia dall'Unione europea – si è reso necessario incidere a più riprese sull'apparato penalistico posto a tutela del diritto d'autore.

In particolare, ancora una volta senza pretese di completezza, preme riportare un primo intervento di novella frutto delle spinte di matrice europea, in attuazione della Dir. 2001/29/CE, che ha introdotto norme penali a tutela delle misure tecniche di protezione, recepita nel nostro ordinamento a mezzo del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

Ancora, attraverso il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in attuazione della Direttiva 2000/31/CE, è stata recepita la – già parzialmente analizzata *supra* nel paragrafo relativo al delitto di diffamazione – disciplina afferente alle responsabilità degli ISP.

Si segnalano altresì ulteriori interventi del legislatore, pressoché coevi alle appena menzionate discipline frutto del recepimento di direttive europee, in materia di contrasto alla diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo e a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo (L. 21 maggio 2004, n. 128, con cui veniva convertito il D.L. 22.3.2004, n. 72).

Nel 2008, ad opera della L. 9 gennaio, n. 2 è stato, invece, introdotto, un nuovo comma 1-*bis* nell'art. 70 della legge sul diritto d'autore, volto a consentire la libera pubblicazione sul *web*, senza scopo di lucro, di immagini e opere sonore a bassa risoluzione con finalità didattiche o scientifiche e, nello stesso anno, ad opera del D.Lgs.

¹⁸⁷ Sul piano sanzionatorio la novella ha altresì introdotto rimedi interdittivi, tra cui la sospensione dell'attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione.

¹⁸⁸ *Ut amplius infra.*

9 gennaio 2008, n. 9, si è prevista una disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi – tema assai attuale al giorno d’oggi – e una relativa ripartizione delle risorse in materia *de qua*.

Ma gli interventi di modifica della legge sul diritto d’autore non si esauriscono qui.

Sempre in materia penale, si segnala il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, ha depenalizzato le fattispecie previste dagli artt. 171-*quater* e 171-*sexies*¹⁸⁹, seguito da svariati ulteriori interventi in materia extra-penale, sui quali si ritiene di poter glissare dato il *focus* del presente elaborato.

Concluso tale breve *excursus*, appare evidente che il diritto d’autore sia all’evidenza una branca del diritto particolarmente suscettibile rispetto al progresso delle tecnologie, le quali impattano considerevolmente tanto sulle modalità di produzione, riproduzione, duplicazione, memorizzazione, circolazione, diffusione e messa a disposizione delle opere dell’ingegno, quanto sulla loro stessa forma rappresentativa¹⁹⁰.

Ne consegue che le norme incriminatrici analizzate *infra* nei paragrafi che seguono, non potranno che riferirsi ad “oggetti di tutela” piuttosto eterogenei fra loro.

L’art. 1 della Legge sul diritto d’autore, infatti, individua quali opere meritevoli di tutela tutte quelle opere dell’ingegno creativo, siano esse letterarie, musicali, figurative, architettoniche, teatrali, cinematografiche e non solo; vengono infatti ricompresi fra le opere tutelate altresì i *software* e le banche di dati o le opere collettive.

All’art. 2 del medesimo testo normativo viene, invece, stilato un elenco delle opere tutelate fra cui sono presenti tanto i prodotti intellettuali “tradizionali” quanto le opere dell’ingegno frutto delle nuove tecnologie.

Ma i presidi penalistici non si limitano, invero, a tutelare unicamente i diritti d’autore dell’opera, bensì anche i titolari dei diritti connessi, quali quelli sanciti dal titolo II e dal titolo II-*bis* della L. 633/1941¹⁹¹.

¹⁸⁹ A. ALESSANDRI, 171 *quater*, 171-*sexies*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 6a ed., CEDAM, 2016.

¹⁹⁰ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1116.

¹⁹¹ R. FLOR, in *Cybercrime*, A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), UTET giuridica, 2023, p. 1117.

Ciò in ragione del fatto che, nell'ottica del Legislatore, parrebbe necessario tutelare altresì quelle attività connotate da scarso potenziale creativo ma da elementi di tecnicità che assumono un significativo rilievo.

In via esemplificativa, l'art. 99-*bis* della Legge sul diritto d'autore individua quale "titolare del diritto connesso" colui che «nelle forme e nell'uso è individuato come tale nei materiali protetti, ovvero è annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o comunicazione al pubblico»¹⁹².

Il quadro di tutele approntato dalle fattispecie di diritto penale sostanziale, in esame nel presente elaborato, è volto a alla protezione tanto dei diritti esclusivi degli autori quanto di specifici diritti agli stessi connessi¹⁹³.

Altre fattispecie sono, invece, volte a sanzionare le condotte che abbiano ad oggetto prodotti abusivi o da cui siano state rimosse le informazioni elettroniche, o illecitamente riprodotti o, ancora, l'uso di supporti non dotati di contrassegno¹⁹⁴.

Il quadro appena descritto dà la misura di quanto il diverso perimetro operativo delle varie fattispecie di reato sia strettamente correlato alla natura dell'opera dell'ingegno.

Altro elemento caratterizzante la normazione in materia *de qua* e che emerge a colpo d'occhio dall'analisi della legge sul diritto d'autore attiene al fatto che la definizione dei mezzi di comunicazione e di diffusione siano oggetto di specifiche definizioni da parte di norme extra-penali, cui le norme incriminatrici fanno espresso o implicito rinvio.

¹⁹² È stato osservato da accorta dottrina – cfr. M. FABIANI, *Diritti connessi*, in *Enc. Giur.*, IV, Treccani, 1988 – che «per alcune categorie di diritti connessi sarebbe più opportuno parlare di "affinità al" piuttosto che di "connessione al" diritto d'autore». È il caso, in via esemplificativa, dei diritti sui bozzetti di scene teatrali e di quelli relativi alle fotografie, trattandosi di diritti in cui l'oggetto è analogo a quello delle opere dell'ingegno, ma presenta la prevalenza di elementi tecnici rispetto a quelli creativi.

¹⁹³ R. FLOR, in *Cybercrime*, A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), UTET giuridica, 2023, p. 1119.

¹⁹⁴ *Idem*. Il riferimento è, in particolare alle seguenti disposizioni di legge: artt. 171-bis, comma 2 e 171-ter, comma 1, lett. d) che puniscono l'utilizzazione di «supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE)» o «per il quale è prescritta [...] l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (SIAE)»; lett. h) dell'art. 171-ter, comma 1 volta a sanzionare chiunque distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico "opere o altri materiali protetti" dai quali siano «state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse»; quanto, infine, alle norme che hanno ad oggetto "prodotti abusivi", si fa riferimento all'art. 171-ter c), che punisce la vendita o la distribuzione, la messa in commercio, il noleggio o comunque la cessione a qualsiasi titolo, le proiezioni in pubblico, la trasmissione a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, a mezzo della radio, o il far ascoltare in pubblico "le duplicazioni o riproduzioni abusive".

L'apparato normativo in esame è stato, peraltro, soggetto a costanti mutamenti negli anni addietro in quanto, da un lato, si è resa necessaria l'introduzione di norme penali per la tutela di specifici oggetti passivi "immateriali" o ambiti determinati di opere contro forme di aggressione tanto tradizionali quanto del tutto nuove e, dall'altro, il Legislatore si è dovuto prodigare a definire e descrivere compiutamente le nuove modalità di lesione dei diritti d'autore¹⁹⁵.

In via meramente esemplificativa, basti pensare alle recenti modifiche imposte dalla necessità di un maggiormente efficace contrasto della – oramai massiva – diffusione telematica abusiva delle opere dell'ingegno protette da diritto d'autore o, ancora, l'inclusione – avvenuta oramai più di due lustri or sono – fra le opere tutelate dalla legge sul diritto d'autore dei *software* e delle banche dati.

Le norme penalistiche poste a presidio di siffatti prodotti d'ingegno paiono essere suscumbibili nella categoria dei reati informatici¹⁹⁶ c.d. in senso proprio, trattandosi di fattispecie di reato il cui mezzo tipico di commissione è riconducibile alla tecnologia informatica o telematica, oppure l'oggetto passivo è di carattere informatico.

In tale categoria, devono, infatti, essere sussunte tutti quei reati che contemplino la rete sul piano della tipicità legale di fattispecie quale mezzo o elemento caratterizzante l'illecito, tanto che esso possa essere commesso solo attraverso il loro utilizzo¹⁹⁷.

Debbono, invece, essere sussunti nella categoria dei reati informatici in senso lato le fattispecie di reato che, pur potendo essere commessi anche avvalendosi di mezzi informatici o telematici, sono realizzabili anche al difuori dello spazio digitale.

In tali fattispecie, infatti, il mezzo tecnologico non è né l'oggetto né uno degli *essentialia* imprescindibili per la commissione dell'illecito.

E la sussunzione di una fattispecie in una delle appena citate categorie giuridiche assume rilievo non solo sul piano accademico-dogmatico, ma anche sul piano pratico.

Invero, le regole procedurali previste dalla Convenzione di Budapest sul Cybercrime, infatti, trovano applicazione non solo ai reati informatici propri, ma anche

¹⁹⁵ R. FLOR, in *Cybercrime*, A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), UTET giuridica, 2023, p. 1122.

¹⁹⁶ Preme precisare che la scelta sistematica di trattare il tema della tutela del diritto d'autore nel presente capitolo è dovuta al fatto che siano del tutto autoevidenti i punti di contatto tra la materia in parola e l'utilizzo e la diffusione dei mezzi di comunicazione di massa, quali la televisione e il *web*.

¹⁹⁷ Certamente suscumbibili in tale categoria sono le fattispecie di cui agli artt. 171, comma 1, lett. a-bis) e 171, comma 2, lett. a-bis) della Legge sul diritto d'autore.

ad altri reati commessi attraverso l'ausilio delle tecnologie o per il cui accertamento è necessaria la raccolta della prova in forma elettronica¹⁹⁸.

Come parzialmente anticipato, l'intero impianto normativo in materia di diritto d'autore prevede, in buona sostanza, fattispecie sanzionatorie di precetti extra-penali, che assumono penale rilevanza nel caso in cui venga in essere un *quid pluris* – sovente legislativamente indicato da una “clausola di illiceità speciale – in forza della quale un contegno di per sé lecito, o perseguibile *generaliter* sul solo piano civilistico diviene penalmente perseguibile in quanto realizzato in modo abusivo o senza diritto o per “uso non personale” o in violazione di disposizioni civili o amministrative previste dalle norme extra-penali esplicitamente o implicitamente richiamate.

Ed infatti, all'interno della normativa penalistica in materia di diritto d'autore si ravvisano una pluralità di fattispecie caratterizzate dalla presenza delle suddette clausole di illiceità speciale.

Si pensi all'art. 171 della legge sul diritto d'autore, ove si fa riferimento a «chiunque, senza averne diritto», o all'art. 171-*bis*, comma 1, volta a sanzionare coloro che commettano le condotte tipiche descritte dalla norma «abusivamente», al pari di quanto previsto agli artt. 171-*ter*, comma 1, lett. a), b), h), 171-*ter*, comma 2, lett. a) o all'art. 171-*quater* della legge sul diritto d'autore.

Elemento ulteriormente caratterizzante la disciplina normativa in materia *de qua* attiene al fatto che sovente taluni elementi normativi delle fattispecie penalistiche presuppongano, per vero, una previa definizione normativa con valenza integratrice della fattispecie penale.

Basti pensare alle disposizioni in materia di tutela dei *software*, che comportano necessariamente il richiamo alle norme extra-penali, quale l'art. 2, n. 8, legge sul diritto d'autore, che delinea il perimetro della protezione dei *software* o agli artt. 1 e 2 della medesima legge laddove il Legislatore si è prodigato a descrivere i contenuti del lavoro creativo meritevole di tutela.

Altro fulgido esempio di una norma avente valenza definitoria è quello reso dall'art. 181-*bis* l.d.a., che dispone espressamente: «agli effetti dell'applicazione della

¹⁹⁸ R. FLOR, in *Cybercrime*, A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), UTET giuridica, 2023, p. 1123.

legge penale, il contrassegno [SIAE] è considerato segno distintivo di opera dell'ingegno».

Più in generale, come parzialmente anticipato, tratto peculiare della normativa in materia di diritto d'autore è, certamente, quello dell'elevato utilizzo tecnica normativa del rinvio, essendo – come già detto – il sistema in parola caratterizzato dalla presenza di norme che richiamano espressamente la violazione di norme extra-penali dalle stesse richiamate.

Basti pensare alla fattispecie di cui alla lett. f) dell'art. 171-ter, comma 1, per cui è prevista la responsabilità penale di coloro che “in violazione” dell'art. 79 della legge sul diritto d'autore ritrasmetta o registri le trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche o smerci i dischi o altri apparecchi indebitamente registrati.

Altra disposizione esemplificativa di tale tendenza è quella di cui all'art. 171-bis, comma 2, volta a sanzionare coloro che operino in «violazione delle disposizioni di cui agli artt. 64 quinquies e 64 sexies», ovvero «in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 102 bis e 102 ter».

Se nelle fattispecie sin qui riportate il rinvio alla normativa extra-penale viene esplicitamente effettuato dal Legislatore, in altre disposizioni normative si è, per converso, optato per un rinvio implicito, sicché sarà necessario individuare la disposizione richiamata attraverso una interpretazione del significato delle condotte tipiche descritte.

Un esempio di tale tecnica normativa può essere rinvenuto nell'art. 171-bis, comma 1, che deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 64-bis, 64-ter e 64-quater c.p., che individuano i limiti posti dalla legge al titolare dei diritti ed il regime della libera utilizzazione¹⁹⁹.

Ma le peculiarità della normativa in esame non si esauriscono qui.

Si è, infatti, ravvisata una certa tendenza evolutiva della tecnica normativa utilizzata dal Legislatore nelle novelle più recenti e, in particolare, si è rilevato l' – opportuno – utilizzo di un linguaggio maggiormente tecnico e rispondente all'innovazione tecnologica²⁰⁰.

¹⁹⁹ R. RISTUCCIA- V. ZENO ZENCOVICH, *La disciplina a tutela del software*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 1994, 251 ss.

²⁰⁰ R. FLOR, in *Cybercrime*, A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (a cura di), UTET giuridica, 2023, p. 1127.

Si è, in particolare, ritenuto opportuno specificare ulteriormente, in disposizioni di natura extra-penale, l'oggetto del diritto esclusivo di comunicazione di una qualsiasi opera protetta.

In via esemplificativa, all'art. 16 della legge sul diritto d'autore si è previsto che la "circolazione" di un prodotto creativo possa avvenire tramite diversi mezzi di "diffusione a distanza", fra i quali vanno compresi anche quelli telematici, essendo l'elencazione di carattere esemplificativo e connotata dalla presenza della clausola di chiusura generale "altri mezzi analoghi"²⁰¹.

Tale tendenza è stata, all'evidenza, tratta dalla legislazione di matrice europea, fra cui l'art. 3 della Dir. 2001/29/CE, recepita a mezzo del D.Lgs. n. 68/2003, ove viene operata una distinzione fra le possibili modalità di trasmissione a distanza delle opere protette, individuando nell'ambito più generale della "comunicazione al pubblico" una sua ipotesi specifica, definita come "messa a disposizione del pubblico".

Mettendo a sistema le norme di cui agli artt. 3 della direttiva citata e 2 del D.Lgs. di recepimento n. 68/2003, che ha novellato l'art. 16 della legge sul diritto d'autore si palesa il rapporto di *genus ad speciem* fra "comunicazione al pubblico" e "messa a disposizione del pubblico" di un'opera protetta.

Infatti, il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico ha ad oggetto l'impiego di uno qualsiasi dei mezzi di diffusione, includendo altresì la "messa a disposizione del pubblico" dell'opera, «in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente», ricomprendendo, dunque, la c.d. "trasmissione interattiva digitale"²⁰².

Quanto appena affermato non è di secondario rilievo, in quanto incide sull'ambito applicativo delle fattispecie che prevedono la punibilità delle condotte di "comunicazione", "diffusione", "messa a disposizione" non autorizzate, come quelle previste dagli artt. 171, comma 1, lett. a-bis) e 171-ter, comma 2, lett. a-bis).

Il tutto conferma la volontà del Legislatore di utilizzare un linguaggio quanto più tecnicamente puntuale nel formulare le disposizioni legislative, come, in via ulteriormente esemplificativa, l'art. 16-bis della legge sul diritto d'autore, laddove viene resa la definizione di "satellite", "comunicazione al pubblico via satellite" e

²⁰¹ L. CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Giuffrè, 2005, 165 ss.
²⁰² Ult. op. cit..

“ritrasmissione via cavo” o l’art. 171-*octies*, laddove vengono definiti i segnali ad accesso condizionato come: «tutti i segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere in forma tale da rendere gli stessi visibili esclusivamente a gruppi chiusi di utenti selezionati dal soggetto che effettua l’emissione del segnale, indipendentemente dalla imposizione di un canone per la fruizione di tale servizio».

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, non paiono permanere dubbi circa il fatto che i tre elementi maggiormente peculiari della tecnica legislativa utilizzata per strutturare le fattispecie di reato nella materia *de qua* siano quelli del rinvio normativo, del ricorso alle clausole di illiceità speciale, strettamente correlate ad elementi normativi extra-penali e del ricorso ad una pluralità di norme definitorie e di elementi tecnicamente specificati, per adeguare la disciplina alla evoluzione tecnologica.

Tale quadro dà la misura della evidente necessità di ricostruire il significato dei termini utilizzati dal Legislatore penale *in subiecta materia* alla luce di parametri ermeneutici desumibili dall’intera sistematica della legge sul diritto d’autore in cui le norme penali *infra* analizzate sono inserite.

Queste peculiarità danno la misura della complessità del sistema, formato non solo da svariate fattispecie sanzionatorie di precetti extra-penali, ma anche da rinvii spesso a cascata alla disciplina civile ed amministrativa.

3.3. Le principali fattispecie di reato previste dalla Legge sul diritto d’autore

Nel corso degli anni si è assistito ad una progressiva implementazione della normativa penalistica posta a tutela del diritto d’autore, il tutto nell’ottica di far fronte alla diffusione di nuove forme di criminalità.

In particolare, sono state introdotte una pluralità di nuove fattispecie incriminatrici c.d. “avamposto”, finalizzate a sanzionare altresì attività meramente prodromiche alla violazione del diritto d’autore o dei diritti allo stesso connessi²⁰³.

Nel prosieguo del presente paragrafo verranno analizzate unicamente le fattispecie ritenute maggiormente rilevanti ai fini della ricerca, ponendo l’accento, nell’ottica di

²⁰³ R. FLOR, *Misure tecnologiche di protezione ed anticipazione della punibilità nel sistema di tutela penale dei diritti d’autore e connessi in Europa*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 233 ss.; R. FLOR, *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d’autore: l’esperienza applicativa italiana*, in *Dir. pen. e processo*, 8, 2011, 1003 ss.; A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1146 ss.

un'analisi trasversale e interdisciplinare, sulle questioni problematiche afferenti alla formulazione – sotto il profilo tecnico e linguistico – delle norme in esame.

3.3.1. La fattispecie di cui all'art. 171 della Legge sul diritto d'Autore: le scelte semantiche del Legislatore e l'attività ermeneutica degli interpreti.

Prima fattispecie oggetto d'analisi è quella di cui all'art. 171 della Legge sul diritto d'autore, collocata da Legislatore nella II sezione (rubricata "*difese e sanzioni penali*") del titolo III ("*Disposizioni comuni*").

La fattispecie in parola è volta a sanzionare penalmente una pluralità di condotte lesive del diritto d'autore e, segnatamente, alla lett. a) prevede profili di responsabilità penale per chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma riproduca, trascriva, reciti in pubblico, diffonda, o ponga in commercio un'opera altrui o ne riveli il contenuto prima che sia reso pubblico o, ancora, introduca o mette in circolazione esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana.

A mente della lett. a-bis), introdotta dall'art. 3, comma 3-ter, della L. 43/2005, n. 43, di conversione, con modifiche, del D.L. n. 7/2005), invece, si prevede la responsabilità di chiunque metta a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa²⁰⁴.

Alle successive lettere lett. b) e seguenti viene, invece, punita rappresentazione, l'esecuzione in pubblico o la diffusione di una opera altrui adatta a pubblico spettacolo od una composizione musicale; la riproduzione di un numero di esemplari, di esecuzioni o rappresentazioni maggiore rispetto a quello che si aveva il diritto rispettivamente di produrre o di rappresentare e, infine, la ritrasmissione, la registrazione e lo smercio di registrazioni indebitamente effettuate.

Accorta dottrina e parte della giurisprudenza, in seguito alla promulgazione della Legge sulle depenalizzazioni (n.689/1981) si sono interrogate circa la eventuale elisione

²⁰⁴ Per completezza, si segnala che al comma 2 della disposizione in esame viene altresì previsto che chi ha violato la disposizione di cui alla lett. a-bis) possa estinguere il reato laddove prima dell'apertura del dibattimento o dell'emissione di un decreto penale di condanna versi una somma corrispondente alla metà del massimo della pena edittale.

dei profili di penale rilevanza dell'appena riportato comma 1 della fattispecie in esame, in quanto dette condotte sono sanzionate con la mera sanzione pecuniaria.

È, stato, tuttavia, opportunamente osservato come il comma 2 dell'art. 32 della L. 689/81 escluda la depenalizzazione per quelle fattispecie che pur se sanzionate con pena pecuniaria nelle ipotesi base, prevedano l'irrogazione di una pena detentiva laddove ricorrano delle circostanze aggravanti, come, in effetti, avviene nel caso della disposizione in esame.

Il terzo comma dell'art. 171, prevede, infatti, «la pena è della reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a euro 516 se i reati [...] sono commessi sopra una opera altrui non destinata alla pubblicità, ovvero con usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore».

Appare, dunque, chiaro come sotto il profilo dell'elemento oggettivo di fattispecie vengano sanzionate una pluralità di condotte piuttosto eterogenee tra loro ma correlate dal requisito di illiceità speciale “senza averne diritto”.

La norma si apre con una clausola di sussidiarietà per cui la fattispecie in parola dovrebbe applicarsi «salvo quanto disposto dall'art. 171-*bis*» e, in seguito alla novella ad opera della L. n. 248/2000, «dall'art. 171-*ter*».

Per la verità, ad avviso di chi scrive, l'applicazione delle suddette fattispecie in luogo di quella di cui all'art. 171, si sarebbe potuta desumere altresì dal principio generale per cui *lex specialis derogat generali*, in quanto la materia del *software* e delle opere fonografiche e videografiche è disciplinata da norme connotate da elementi specializzanti e, purtuttavia, non pare biasimevole la scelta del legislatore di evitare ogni indebita duplicazione di sanzioni, non potendosi escludere – in astratto, in assenza di tale clausola – di una giurisprudenza che ammettesse il concorso formale tra tali fattispecie²⁰⁵.

Tuttavia, parte della dottrina²⁰⁶ ha rilevato come l'inciso in parola, più che essere volto a risolvere un concorso apparente fra norme sarebbe volta a sottolineare la natura residuale delle fattispecie di cui all'art. 171, atteso che mentre sotto il profilo oggettivo è ravvisabile una sovrapposizione delle condotte, sul versante dell'elemento soggettivo sussistono delle rilevanti differenze, atteso che – *ut infra* – la fattispecie in esame è punita

²⁰⁵ Basti pensare alla deprecabile ma oramai pressoché granitica giurisprudenza in materia di porto e di detenzione di armi.

²⁰⁶ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1146 ss.

a titolo di mero dolo generico mentre le fattispecie menzionate nella clausola di riserva espressa sono punite a titolo di dolo specifico.

3.3.2. La fattispecie di cui all'art. 171-bis della Legge sul diritto d'Autore

La fattispecie di cui all'art. 171-bis della Legge sul diritto d'autore, citata *supra* in quanto richiamata nella clausola di sussidiarietà della fattispecie analizzata nel paragrafo che precede, è volta – come parzialmente anticipato – il diritto d'autore in relazione ai *software* e alle banche dati.

Essa, al primo comma, prevede la rilevanza penale delle condotte di coloro i quali abusivamente duplicano, con finalità di profitto, programmi per elaboratore o importino, distribuiscano, vendano o detengano a scopo commerciale o imprenditoriale programmi contenuti in supporti non contrassegnati SIAE, mentre, al secondo comma, sanziona chiunque illegittimamente e con fine di profitto riproduca su supporti non contrassegnati SIAE, trasferisca su altro supporto, distribuisca, comunichi, presenti o dimostri in pubblico il contenuto di una banca di dati.

3.3.2.1 Il perimetro applicativo della fattispecie ex art. 171-bis co.1 e il rispetto dei principi di tassatività e divieto di analogia

La fattispecie di cui al primo comma della disposizione in esame è stata introdotta ad opera dell'art. 10, D.Lgs. n. 518/1992, in attuazione della Dir. 91/250/CE, in materia di tutela giuridica dei programmi per elaboratore²⁰⁷, mentre il secondo comma, è stato, invece, aggiunto dal D.Lgs. n. 169/1999, in attuazione della Dir. 96/9/CE in materia di tutela giuridica delle banche di dati e, successivamente, novellato dall'art. 13, L. n. 248/2000.

La formulazione originaria della disposizione in esame prevedeva l'orientamento teleologico della condotta verso un "fine di lucro" e non "di profitto" e, inoltre, veniva espressamente limitata la penale responsabilità del soggetto agente alle sole ipotesi in cui

²⁰⁷ Sul punto, si fa rinvio a R. FOGLIA, *La Direttiva CEE sulla tutela del software*, in *Foro italiano*, 1991, 4, 307 ss.; V. FRANCESCHIELLI, *La Direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Rivista di diritto industriale*, 1991, 1, 169-189; A. SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del diritto d'autore e del software nella società dell'informazione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2002, 397 ss.; L. ANTONETTO, *Internet e la tutela del diritto d'autore: la nuova disciplina della Dir. 2001/29/CE*, in *Europa e diritto*, 2001, 49 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1992, 25 ss.

avesse effettiva contezza o, comunque, motivo di sapere che si trattasse di copie non autorizzate.

Detta fattispecie è stata il primo presidio penalistico volto a tutelare il *software* in quanto sino al 1991 non era affatto pacifico che lo stesso fosse meritevole di tutela a norma della legge sul diritto d'autore²⁰⁸.

Una certa giurisprudenza di merito sviluppatasi sul finire degli anni '80 del secolo scorso, infatti, tendeva a negare una tutela dei programmi da elaboratore in ragione della pretesa assenza dei requisiti di originalità e creatività, oltre che in ragione dell'assenza di una norma che li sussumesse nei settori già tipizzati²⁰⁹.

Non v'era univocità di vedute neppure in dottrina, in quanto taluni attribuivano al *software* i caratteri di originalità e creatività propri delle opere dell'ingegno²¹⁰, mentre altri negavano la riconducibilità degli stessi agli artt. 1 e 2 della legge sul diritto d'autore, in ragione delle loro caratteristiche tecniche e funzionali, non espressive di idee quanto piuttosto finalizzate ad uno scopo pratico²¹¹.

Solo successivamente si iniziò ad affermare in giurisprudenza un differente orientamento per cui il *software* sarebbe stato dotato dei requisiti di originalità e creatività

²⁰⁸ A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1150 ss. V. ZENO ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1990, 77 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Indirizzi legislativi in tema di tutela del software*, in G. ALPA, *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, 1984; G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in G. ALPA, *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, 1984; cfr., L. TURCO, *La tutela giuridica del software*, in *Dir. Autore*, 1984, 135 ss.

²⁰⁹ S. GATTI, *Software*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1990, 1208 ss., 1210 ss.; A. COLUCCI-F. FIORE, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Giappichelli, 1996, 68 ss.; S. SEMINARA, *La tutela penale del diritto d'autore tra normativa vigente e prospettive di riforma*, 2004, 311 ss.; S. SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1996, 71 ss. R. PARDOLESI, *"Software", "property rights" e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie*, in *Foro it.*, 1987, II, 289 ss.; S. PASTORE, *La tutela giuridica del software come opera dell'ingegno di carattere scientifico*, in *Rivista di diritto Industriale*, 1986, II, 69 ss.

²¹⁰ C. CIAMPI, *La proteggibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1985, 258; C. ROSSELLO, *La tutela giuridica del software nei primi orientamenti giurisprudenziali italiani*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1985, 103; G. SENA, *Software: problemi di definizione e di protezione giuridica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1983, 479; A. TRAVERSI, *La riproduzione abusiva di programmi per elaboratore (c.d. "software piracy") costituisce reato?*, in *Giust. pen.*, 1987, 443 ss.

²¹¹ Cfr. R. FLOR, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1151 ss.; G. LORIDA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1989, 71; E. LUTTAZZO, *Una norma di legge francese da non imitare (a proposito della brevettabilità o meno dei programmi o serie di istruzioni per lo svolgimento delle operazioni dei calcolatori elettronici)*, in *Rivista di diritto industriale*, 1968, 297 ss.; R. BORUSSO, *L'Algoritmo per computer e la sua brevettabilità*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 75.

richiesti dalla legge sul diritto d'autore²¹², sulla scorta di una interpretazione sistematica ed estensiva dei succitati artt. 1 e 2 della legge sul diritto d'autore²¹³.

Di estremo rilievo è, certamente la sentenza della Suprema Corte di Cassazione Cass. pen., sez. III, 24 novembre 1986²¹⁴, con cui si ritenne il software oggetto di tutela a norma della legge sul diritto d'autore, tanto sul piano civile quanto – per quel che d'interesse ai fini del presente elaborato – penale, la quale suscitò un certo sconcerto nella dottrina maggiormente garantista, la quale ravvisò – anche condivisibilmente – un'operazione ermeneutica di natura analogica *in malam partem*²¹⁵.

Una siffatta pronuncia andava, infatti, ben oltre il perimetro applicativo del diritto positivo e, dunque, appariva lesiva dei principi di tassatività e di divieto di analogia.

Onde colmare tale evidente lacuna giuridica – figlia dell'evoluzione tecnologica e delle asincronie tra evoluzione della società e del diritto – veniva colmata solo ad opera del D.Lgs. n. 518/1992, con cui veniva espressamente prevista la tutela dei diritti d'autore connessi ai *software* e l'introduzione della norma incriminatrice in esame nel presente paragrafo.

Sotto il profilo dell'elemento oggettivo, preme evidenziare che, al pari della fattispecie di cui all'art. 171, l'art. 171-*bis* sanziona condotte eterogenee fra loro²¹⁶, ma tutte connotate da profili di “abusività” mentre, stavolta differentemente rispetto alla fattispecie di cui all'art. 171, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, viene richiesto un dolo specifico di profitto.

²¹² Sul punto, si fa rinvio a L. DE SANCTIS, *Brevi note in materia di tutela dei videogiochi*, in *Dir. Autore*, 1984, 436 ss.; A. FRIGNANI, *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenenti alla cinematografia*, in *Dir. Autore*, 1984, 58 ss.;

²¹³ R. FLOR, *Duplicazione parziale di software e art. 171-bis l.d.a.*, in *Diritto & Formazione*, 2003, 1034 ss. R. D'ORAZIO, *Diritto d'autore sul software: una nuova pronuncia favorevole*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 273 ss.

²¹⁴ Citata in *Foro it.*, 1987, II, 291 ss.; V. MANGINI, *Un diritto per computers: in margine ad un recente sviluppo giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1986, I, 214 ss.

²¹⁵ R. RINALDI, *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 1058 ss.; R. PARDOLESI, *Software di base e diritto d'autore, una tutela criptobrevettuale?*, in *Foro it.*, II, 1988, 3133 ss.

²¹⁶ O. CAROSONE, *Dalla direttiva CEE del 14.5.1991 sulla tutela giuridica del software alla relativa legge italiana di attuazione*, in *Dir. Autore*, 1993, 503 ss.; G. D'AIETTI, *Il decreto legislativo 29.12.1992 n. 518 ed il suo inserimento nella difesa delle opere dell'ingegno. La tutela giudiziaria civile e penale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1994, 219 ss.; R. RINALDI, *La disciplina penale del software nel decreto legislativo di attuazione della Dir. 91/250/CEE*, in *Legislazione pen.*, 1993, 781 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Brevi note sulla tutela penale dei programmi informatici*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1999, 958 ss.

La formulazione legislativa della fattispecie in esame appare, per vero, assai complessa, tanto che la giurisprudenza si è, nel corso degli anni, prodigata a cercare di chiarificarne la reale portata applicativa.

In via esemplificativa, con riferimento alla condotta di duplicazione abusiva di *software*, agli inizi del corrente millennio, la Suprema Corte²¹⁷ ha posto in essere una – affatto agevole – attività ermeneutica della nozione di «duplicazione».

È stato, in ispecie, evidenziato come la *littera legis* non lasci permanere dubbi circa il fatto che l'art. 171-*bis* sia volto a sanzionare la sola condotta di duplicazione e non anche quella di riproduzione.

A conforto di ciò, nell'ottica della Cassazione, soccorrerebbe altresì l'interpretazione sistematica della disposizione, che non può essere letta altrimenti in ragione del fatto che il Legislatore tanto all'art. 13 della legge sul diritto d'autore quanto agli artt. 171, 171-*ter* ha espressamente menzionato espressamente la “duplicazione” e la “riproduzione”, in quanto riferiti a “concetti in parte differenti”²¹⁸.

La duplicazione, infatti, si sostanzierebbe «[nel]la produzione in serie di più copie di un unico ‘originale’ perfettamente identiche fra loro quanto a contenuto e a caratteristiche e la nozione di riproduzione, invece, con un significato più ampio e diffusivo, è relativa a qualsiasi attività tecnica idonea a produrre l'effetto di una nuova destinazione del contenuto del supporto».

Sicché il punto nodale – e assai tecnico – atterrebbe, dunque, all'interrogativo circa la possibilità di attribuire una natura creativa al codice sorgente del *software*, quale manifestazione dell'idea, anche qualora lo sforzo creativo addizionale del duplicatore sia minimo.

Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte hanno, dunque, ritenuto – condivisibilmente – che il codice sorgente debba essere inteso quale componente dotato di una propria autonomia funzionale costituente il nucleo centrale del programma per elaboratore e susanziantesi, quindi, nella manifestazione diretta ed immediata dell'espressione creativa dell'autore dello stesso. Parimenti parte del *software* dovrebbe considerarsi il c.d. codice oggetto, ovvero il risultato della compilazione.

²¹⁷ Cass. pen., sez. III, 24.4.2002, n. 15509, in *Foro it.*, I, 2002, 337 ss.

²¹⁸ Cass. Pen., Sez. III, 24 aprile 2002, n. 15509.

Meno condivisibile, invece, parrebbe (su un piano concettuale e non anche sul piano della ricaduta che tale operazione ha sull'ambito applicativo della fattispecie in esame) – ad avviso dello scrivente e di accorta dottrina²¹⁹, la valutazione effettuata dalla Suprema Corte circa il *discrimen* fra i termini “duplicazione” e “riproduzione”.

La Corte, infatti, nell'interpretazione sistematica della norma in parola, pare obliterare alcune rilevanti disposizioni di matrice comunitaria²²⁰.

In particolare, gli artt. 4 della Dir. 91/250/CE, da cui trae origine la disciplina oggi vigente nel nostro ordinamento, e 4 della nuova Dir. 2009/24/CE, si statuisce che i diritti esclusivi del titolare comprendano altresì il diritto di effettuare o autorizzare «la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale di un programma per elaboratore con qualsivoglia mezzo, in qualsivoglia forma».

Parimenti, l'art. 6 della medesima direttiva, recepito nel nostro ordinamento mediante l'introduzione dell'art. 64-*quater* della Legge sul diritto d'autore fa riferimento agli “atti di riproduzione del codice e di traduzione della sua forma” e gli artt. 64-*bis* e 64-*ter*, nell'attuare le indicazioni di fonte comunitaria, riprendono il termine “riproduzione” e fanno riferimento alle “copie del programma”.

E ancora, l'art. 64-*ter*, al comma 2, fa salvo l'utilizzo di “una copia del programma per elaboratore” ed il diritto di effettuare “una copia di riserva del programma”, mentre il comma 3 attiene al “diritto di usare una copia del programma per elaboratore”.

Per concludere la messa a sistema delle norme in materia di “riproduzione”, si rende necessario, infine, far riferimento all'art. 13 della Legge sul diritto d'autore che include nel “diritto esclusivo di riprodurre” la “moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma” e con ogni “procedimento di riproduzione”.

Tale norma di chiusura parrebbe, invero, far intendere che si debba ricomprendere nel concetto di “moltiplicazione in copie” dell'opera altresì la duplicazione.

È stato, infatti, osservato come la riproduzione costituirebbe la condotta di genere, il cui significato è più ampio rispetto a quella di duplicazione, che si risolverebbe nella

²¹⁹ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 1155 ss.

²²⁰ R. RINALDI, *La disciplina penale del software nel decreto legislativo d'attuazione della Dir. 91/250/CE*, in *Legislazione penale*, 1993, 781.

produzione di più copie di un unico originale perfettamente identiche fra loro quanto a contenuto e a caratteristiche²²¹.

A riprova di ciò, sempre grazie ad una visione di insieme della legge sul diritto d'autore, va evidenziato come altresì la norma di cui all'art. 72 della legge disciplinante la materia *de qua* afferente ai diritti esclusivi del produttore di fonogrammi, fa riferimento all'autorizzazione alla riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, dei suoi fonogrammi in qualunque modo o forma, in tutto o in parte e con qualsiasi processo di "duplicazione".

Sicché, sulla scorta delle osservazioni rese, parrebbe opportuno affermarsi che l'attività di riproduzione debba ritenersi comprensiva altresì della moltiplicazione in copia del programma per elaboratore, ossia la duplicazione, essendovi tra i due concetti un rapporto di *genus ad speciem*.

Va, tuttavia, rilevato che non erra la Cassazione nel sottolineare che nella redazione delle singole fattispecie incriminatrici il nostro Legislatore non parrebbe aver affetto inteso utilizzare i termini "duplicazione" e "riproduzione" come sinonimi o espressivi dello stesso significato, altrimenti non avrebbe inserito nello stesso periodo di una stessa lettera di una norma entrambe le condotte.

Ed infatti, la condotta di riproduzione assume rilievo penalistico a norma dell'art. 171, lett. a), lett. d), art. 171-*bis*, comma 2, art. 171-*ter*, comma 1, lett. a), b), c), nonché comma 2, lett. a), b), art. 174-*ter* e art. 171-*sexies*.

In tali due ultime norme ed in quelle di cui all'art. 171-*ter*, comma 1, lett. a), c) e comma 2, lett. a), i lemmi "riproduzione" e "duplicazione" si rinvencono nella stessa ipotesi prevista da una lettera di un comma mentre, al comma 1, lett. b) dell'art. 171-*ter* è sanzionata la sola riproduzione e all'art. 171-*bis*, al comma 1 il Legislatore ha previsto come reato la sola duplicazione abusiva e al successivo comma 2, afferente alla tutela delle banche dati, ha indicato come passibile di sanzione la condotta di riproduzione.

Il quadro sin qui rappresentato lascia intendere che il legislatore, nella norma di cui all'art. 171-*bis* qui in esame abbia ritenuto opportuno delimitare la rilevanza penale delle attività di "riproduzione" a quella di "duplicazione" del programma per elaboratore, essendo, peraltro, assente la locuzione "in tutto o in parte", che avrebbe potuto far

²²¹ D. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Giappichelli, 2003.

ipotizzare una rilevanza penale della moltiplicazione in copia di una porzione del software o di una sua componente logica²²².

È stato, opportunamente osservato²²³, come su un piano di politica criminale sia coerente sostenere l'asserita parità del disvalore sociale fra la riproduzione di parte del codice sorgente o di una componente logica e la duplicazione, in tutto o in parte, del programma per elaboratore.

Tuttavia, sul piano del diritto positivo, essendo necessario il pieno rispetto del principio di legalità e del suo corollario di tassatività, l'attuale formulazione legislativa della norma incriminatrice in analisi non annovera fra le condotte tipiche quella di "riproduzione", restringendo l'area del penalmente rilevante ad una sua *species*, qual è la duplicazione.

De iure condito, infatti, si prevede che determinate operazioni, come ad esempio il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione, che presuppongono una riproduzione siano tendenzialmente assoggettate all'autorizzazione del titolare dei diritti salvo che la "riproduzione" del codice del programma e la traduzione della sua forma per modificare la forma del codice, siano imprescindibili onde ottenere l'interoperabilità con altri programmi.

In tali ipotesi, in caso di omessa autorizzazione si prevedono delle conseguenze di natura meramente civilistica, a meno che si sia verificata una vera e propria duplicazione del programma o la sua moltiplicazione dello stesso in copie.

Conclusivamente, il perimetro applicativo (nel rispetto del principio di tassatività) della fattispecie penale in esame è – *rectius* dovrebbe – piuttosto netto: nelle ipotesi di mancato rispetto dei limiti previsti dalla licenza o dall'accordo con il titolare dei diritti non si potrà ritenersi sussistente una vera e propria duplicazione e, dunque, non vi sarà alcuna rilevanza penale della condotta, potendo, in ogni caso, ritenersi sussistente una responsabilità civilistica correlata all'illegittimo dell'accesso e utilizzo del programma da parte degli utenti.

²²² Tale locuzione, infatti, è stata utilizzata in altre norme penali, come nel citato art. 174-ter l.d.a. e in quelle relative alla comunicazione al pubblico, "immettendola in un sistema di reti telematiche", di un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, "o parte di essa", ex artt. 171, comma 1, lett. a-bis) e 171, comma 2, lett. a-bis).

²²³ In tal senso, cfr. R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023.

Sicché in sede giudiziale, onde saggiare la rilevanza penale dei conegni posti in essere dall'agente si renderebbe necessario accertare se in concreto la condivisione del programma attraverso diversi terminali abbia comportato o meno una sua duplicazione.

Solo in questo ultimo caso, come in quello della moltiplicazione non autorizzata delle copie di un *software* originale su più elaboratori, potrà ritenersi integrata la fattispecie di cui all'art. 171-*bis* della Legge sul diritto d'autore, il che è, in ogni caso, da tener ben distinto rispetto alla mera condivisione di un programma in rete²²⁴.

Altro tema di rilievo in relazione alle finalità del presente elaborato attiene alle condotte di commercializzazione e di circolazione previste sempre dal comma 1, seconda parte, della disposizione in esame.

Va rilevato, da un lato come il Legislatore si sia premurato di ribadire che le stesse debbano essere connotate dal dolo specifico richiesto anche per la condotta di duplicazione²²⁵ e, dall'altro, che in applicazione dei principi generali sono punite fuori dal caso di concorso con la duplicazione.

Ciò che desta particolare stupore è, per vero, la scelta del Legislatore di limitare, in relazione a tale seconda parte della disposizione in esame, la punibilità alle sole ipotesi in cui in programmi siano contenuti su supporti non contrassegnati dalla SIAE²²⁶.

Tale limitazione della punibilità, peraltro, appare assai rilevante dal momento in cui il D.P.C.M. 11.7.2001, n. 338, modificato dal D.P.C.M. 25.10.2002, n. 296, aveva escluso molte tipologie di *software* dall'obbligo di apposizione del contrassegno e che a seguito della sentenza della Corte di Giustizia nel caso Schwibbert contro Italia, il D.P.C.M. 23.2.2009, n. 31, abrogativo del citato decreto n. 338/01, ha mantenuto l'esclusione dell'obbligo di apposizione del contrassegno per determinati programmi.

In ogni caso, la sola presenza di un *software* su di un supporto privo del contrassegno SIAE non costituisce una prova sufficiente della duplicazione abusiva, sicché ai fini dell'accertamento della rilevanza penale della condotta detentiva sarà necessario verificare altresì la sussistenza di un fine commerciale o imprenditoriale.

²²⁴ M.M. ALMA, *Le regole giuridiche di fronte al mutamento tecnologico: profili penalistici*, in C. VACCÀ (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica: Telecomunicazioni multimedialità computer crimes banche dati privacy copyright telelavoro telemedicina*, Giuffrè, 1999, 143 ss.

²²⁵ «ai medesimi fini».

²²⁶ G. ANDREAZZA, *Orientamenti giurisprudenziali sulla liceità penale della mancanza del "bollino" Siae*, in *Giur. di Merito*, 2009, 538 ss; R. GARGIULO, *Mutamento di giurisprudenza su vendita e noleggio di videocassette e musicassette prive del contrassegno SIAE*, nota a Cass. pen., sez. III, 28.4.1998, n. 1511, in *Cass. pen.*, 1999, 2636 ss.

Meno problematiche sono, invece, le condotte di importazione, distribuzione, vendita e concessione in locazione, in relazione alle quali non sussistono particolari problemi ermeneutici, essendo l'incriminazione delle stesse volta a tutelare le facoltà di godimento e di trasferimento a terzi dell'opera, nonché della loro immissione nel mercato²²⁷.

Accorta dottrina ha avuto modo di osservare come la circostanza per cui siffatte condotte richiamino una proiezione commerciale e concorrenziale volta a trarre guadagno dal prodotto creativo determinerebbe un cortocircuito rispetto all'anticipazione dell'area del penalmente rilevante determinata dalla previsione del dolo specifico di profitto²²⁸.

Ancor più problematica appare l'interpretazione delle condotte di "detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale", che ha destato contrasti in seno alla giurisprudenza e alla dottrina, anche in ragione delle novelle intervenute sull'elemento soggettivo del reato.

Parte della giurisprudenza²²⁹ ha, infatti, tentato di enucleare gli elementi caratterizzanti la condotta di "detenzione a scopo commerciale", attraverso un esame logico-sistematico incentrato sulla natura dell'elemento soggettivo della fattispecie in esame.

Il caso di specie, in particolare, atteneva ad una condotta posta in essere ante-novella del 2000 e dunque, antecedente all'ampliamento del perimetro applicativo della fattispecie preesistente, prevedendo la rilevanza penale della detenzione a scopo imprenditoriale e sostituendo il fine di lucro con quello di profitto.

Occorre rilevare come sia assai curiosa la formulazione del testo normativo in esame, per cui la condotta tipica è quella di chi detiene a scopo commerciale o imprenditoriale e al fine di per trarne profitto.

Originariamente la struttura della fattispecie prevedeva un dolo specifico di lucro, che si conciliava meno difficilmente con l'interpretazione della condotta di detenzione a scopo commerciale, in quanto rilevavano esclusivamente quei vantaggi valutabili sul

²²⁷ L. PICOTTI, *Invenzioni industriali*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1989; R. FLOR, *La tutela penale della proprietà intellettuale ed il contrasto alla commercializzazione ed alla circolazione in Internet di opere o prodotti con segni falsi o alterati*, in L. CAMALDO (a cura di), *La circolazione e il contrabbando di prodotti contraffatti o pericolosi. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea e la protezione dei consumatori*, Giappichelli, 2013, 118 ss.

²²⁸ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1162.

²²⁹ Trib. Torino, sez. III pen., sentenza 28 febbraio 2002, n. 782.

piano patrimoniale o economico, che meglio si conciliavano con l'ulteriore fine soggettivo dello "scopo commerciale"²³⁰.

La locuzione "detenzione a scopo commerciale a fini di lucro" e la nozione di "commercio" parrebbero, nell'ottica della giurisprudenza di legittimità, andar intese in senso lato, comprensiva di "qualsiasi messa in circolazione del bene stesso"²³¹, inclusive altresì delle condotte di detenzione per uso interno nell'ambito di un'attività imprenditoriale, caratterizzate da uno scopo commerciale, se tale attività sia favorita dall'utilizzo del programma abusivamente duplicato o, meglio, se sussiste la consapevole finalità di servirsi di copie non autorizzate per percepire un "vantaggio di tipo patrimoniale consistente nell'immediato risparmio sul relativo costo di acquisto". Nella nozione di "scopo commerciale", invece, era stata sussunta ogni attività riconducibile alla nozione di impresa commerciale.

Nel giudizio di merito *supra* citato²³² veniva ritenuta rilevante la condotta di detenzione a scopo commerciale in quanto consistente in un'attività prodromica alla successiva distribuzione dei programmi a terzi, avente carattere professionale "in quanto non episodica", imprenditoriale perché "dotata di un'organizzazione di persone e mezzi" e avente una connotazione commerciale perché «finalizzata alla produzione di servizi ed allo scambio di beni, nella specie di una notevole quantità di programmi, alcuni di ingente valore economico»¹⁷⁶. Sicché veniva, sostanzialmente, ritenuto penalmente rilevante anche il mero risparmio di spesa realizzato nell'ambito di un'attività imprenditoriale o commerciale.

La Suprema Corte, tuttavia, riteneva di dover censurare la ricostruzione dei giudici di merito, in ragione del fatto che la duplicazione avveniva ad opera degli stessi soggetti che si collegavano con il sito e in piena autonomia prelevavano i *files* e nello stesso ne scaricavano altri²³³ e che, peraltro, il fine di lucro non poteva essere ravvisato nel mero scambio dei *files* e, con specifico riferimento al programma detenuto per uso personale.

Tuttavia, con le modifiche relative allo scopo della detenzione, divenuta da solo "commerciale" a "commerciale o imprenditoriale", nonché all'elemento finalistico della

²³⁰ A. SIROTTI GAUDENZI, *Le fantasiose ricostruzioni dei media hanno travisato una sentenza corretta*, in *Guida dir.*, 5, 2007, 41 ss.

²³¹ Trib. Torino, sez. III pen., sentenza 28 febbraio 2002, n. 782.

²³² Trib. Torino, sez. III pen., sentenza 28 febbraio 2002, n. 782.

²³³ Cass. pen., sez. III, 22 novembre 2006, n. 149, in *Guida dir.*, 2007, 5, 38.

fattispecie legale, in cui lo “scopo di lucro” è stato sostituito dal “per trarne profitto”, paiono aver indubbiamente ampliato l’ambito di rilevanza penale delle condotte, dovendo oggi essere sussumibili a buon diritto nella fattispecie *de qua* altresì quelle poste in essere per il perseguimento di un risparmio di spesa.

Ad oggi, dunque, le questioni interpretative di maggior rilievo – e interesse ai fini del presente elaborato – attengono alla sussumibilità nell’art. 171-*bis* co.1 delle condotte di detenzione da parte del titolare di un esercizio commerciale o di uno studio professionale di copie non autorizzate di programmi per elaboratore al solo fine di utilizzo.

Chiaramente il tutto dipende dall’ampiezza attribuita alla nozione di “detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale”.

In seno alla giurisprudenza di legittimità si è attestato un orientamento per cui lo scopo commerciale dovrebbe essere inteso quale attività riconducibile alla nozione di impresa commerciale²³⁴.

È stato, peraltro, osservato che essendo annoverata tra condotte incriminate quella della vendita *stricto sensu* l’incriminazione della detenzione a scopo commerciale dovrebbe intendersi quale condotta ulteriore e ben distinta rispetto a quella di vendita²³⁵.

Sicché sarebbe inopportuno considerare la condotta detentiva quale mera specificazione della punibilità di ipotesi riconducibili al tentativo di vendita atteso che sarebbe illogico legare la connotazione “commerciale” della detenzione solo alla vendita e non anche alle altre condotte di importazione, distribuzione e concessione in locazione dei programmi.

Per un differente orientamento, invece, ai fini della configurabilità dell’illecito, non sarebbero richieste né la finalizzazione al commercio dei programmi per elaboratore riprodotti, né il dolo specifico del fine di lucro, sicché la detenzione e l’utilizzo di programmi in uno studio professionale sarebbe idonea ad integrare la fattispecie in parola²³⁶.

La novella afferente all’elemento del dolo specifico – con il passaggio dallo scopo di lucro a quello di profitto – parrebbe fugare ogni incertezza interpretativa circa la

²³⁴ Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2001, 33896.

²³⁵ Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2001, 33896.

²³⁶ Cass. Pen., Sez. III, 8.5.2008, n. 25104, in *Guida dir.*, 2008, 39.

rilevanza dei vantaggi non immediatamente patrimoniale²³⁷, mentre più complessa è l'esegesi della portata della locuzione “detenzione per scopo commerciale o imprenditoriale”.

Parrebbe, per vero, che non vi sia stato un vero e proprio ampliamento della portata applicativa della fattispecie in esame quanto piuttosto un mero *maquillage* legislativo finalizzato ad una interpretazione autentica dell'ambito applicativo della norma incriminatrice, volto a renderne l'applicazione maggiormente conforme alle previsioni delle direttive.

Va rilevato che – in maniera opportunamente garantista e rispettosa del principio di tassatività, ad avviso di chi scrive – parte della giurisprudenza di merito ha inteso escludere la rilevanza penale dell'utilizzo di un programma da parte di un professionista o un'azienda per integrare lo scopo imprenditoriale previsto dalla fattispecie, in quanto tale elemento dovrebbe intendersi quale integrato solo laddove vengano poste in essere attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore in forma imprenditoriale²³⁸.

Lo scopo commerciale e imprenditoriale è, infatti, da riferirsi alla condotta di detenzione, e non alle altre condotte tipiche, che sono di carattere intrinsecamente commerciale e per la cui configurabilità parrebbe sufficiente la sussistenza dell'elemento finalistico del profitto.

3.2.2.2 La fattispecie di cui all'art. 171-bis co.2 e la tutela penale delle banche dati

L'oggetto di tutela del comma 2 della disposizione in esame è la banca dati che, sotto il profilo del diritto d'autore, è suscumbibile nel regime giuridico delle opere multimediali.

In assenza di una previsione legislativa specifica di carattere definitorio del significato di opera multimediale, parte della dottrina ha ritenuto che tale nozione dovrebbe ritenersi comprensiva di tutti i prodotti che combinano, simultaneamente, in forma digitale, parti di testo, di grafica, di suoni, di immagini statiche o in movimento, oltre al relativo programma per gestirli. L'opera multimediale sarebbe, dunque, una

²³⁷ D. TERRACINA, *Lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. Internet*, 2007, 259 ss.

²³⁸ D. TERRACINA, *La detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale di softwares costituisce sempre reato?*, in *Dir. Internet*, 2005, 357.

combinazione di differenti opere dell'ingegno e di tecnologie diverse, che determinano la nascita di una nuova realtà meritevole di tutela, anche penalistica²³⁹.

Essa è caratterizzata da una forma digitale, dalla presenza, al suo interno, di una pluralità di opere di varia natura (immagini, suoni e testi) e dalla funzionalità tramite un *software*.

La riconducibilità di siffatte opere multimediali al regime di tutela del diritto d'autore deriva da un'interpretazione sistematica degli artt. 3 e 4 della legge sul diritto d'autore per cui le opere collettive che hanno carattere di creazione autonoma sono protette come opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti di autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte.

Sono, peraltro, protette altresì le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, «quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale».

Sicché l'opera multimediale può rientrare a buon diritto nella categoria delle opere collettive ed è accostabile alle banche dati.

In ogni caso, se sul piano civilistico l'applicazione analogica delle norme in materia di opere collettive è ammissibile, ciò non sarà, invece, possibile in materia di diritto penale sostanziale, dovendosi l'inquadramento giuridico dell'opera multimediale risolversi alla stregua dei principi di legalità e di tassatività che reggono tale ramo dell'ordinamento.

Ne consegue che l'opera multimediale tutelata dal comma 2 art. 171-*bis* sarà unicamente quella inclusa in una banca dati.

La fattispecie di cui al comma 2 della disposizione in esame è stata introdotta ad opera dell'art. 6, D.Lgs. n. 169/1999 e novellata dall'art. 13, L. n. 248/2000, con effetto limitato all'inasprimento sanzionatorio.

Secondo l'attuale formulazione, l'art. 171-*bis*, comma 2, è volto a sanzionare chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce,

²³⁹ S. CERUTTI, *Aspetti legali dell'opera multimediale*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, 2002, 1010 ss.; B. CUNEGATTI, *La qualificazione giuridica dell'opera multimediale*, in E. PATTARO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, CLUEB casa editrice, 2000, 82.

trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 64-*quinqüies* e 64-*sexies*, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 102-*bis* e 102-*ter*, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati.

Detta norma sanziona sul piano quantitativo e qualitativo in maniera eguale una serie di condotte tipiche eterogenee che siano realizzate al fine di trarne profitto e su supporti non contrassegnati dalla SIAE.

In particolare, la norma prevede fattispecie sanzionatorie, facenti rinvio a norme extra-penali espressamente richiamate, quali le condotte realizzate in violazione degli artt. 64-*quinqüies* e *sexies* in materia di diritti degli autori; le condotte in violazione degli artt. 102-*bis* e *ter* in materia di diritti dei costitutori; le condotte di distribuzione, vendita o concessione in locazione di una banca dati.

Quanto alla seconda categoria di condotte penalmente rilevanti occorre effettuare alcune osservazioni.

Il citato art. 102-*bis*, comma 1, della legge sul diritto d'autore, da un lato chiarisce cosa si intenda per e, dall'altro, fornisce le definizioni di "estrazione" e "reimpiego", individuando i limiti delle nozioni attraverso un rinvio all'art. 69 della medesima legge ed escludendo dalle suddette nozioni il prestito di specifici generi di opere eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, a fini esclusivi di promozione culturale e studio personale, non soggetti ad autorizzazione da parte del titolare. E ancora, a definire l'ambito applicativo della fattispecie, sempre mediante la tecnica del rinvio, è il comma 9 dell'art. 102-*bis* per cui non è consentita, in generale, l'estrazione o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati, «qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato al costitutore della banca di dati».

L'art. 102-*ter*, invece, disciplina diritti e obblighi dell'utente, chiarendo che se l'utente legittimo è autorizzato ad effettuare l'estrazione o il reimpiego solo di una parte della banca di dati, «il presente comma si applica unicamente a tale parte».

È stato, opportunamente, osservato in dottrina che la formulazione della fattispecie in esame parrebbe opinabile per almeno due ragioni²⁴⁰.

In primo luogo, va, invero, rilevato che l'oggetto materiale del reato viene definito in modo assai generico ed indeterminato e, dunque, in maniera scarsamente conciliabile col dovere di determinatezza delle fattispecie penali.

Le formule di chiusura “raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti” e “accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo” elaborate per adattare la norma ai cambiamenti tecnologici, ampliano ulteriormente il campo di operatività della fattispecie.

Peraltro, anche la tecnica del rinvio utilizzata in tale specifica fattispecie appare censurabile sotto svariati profili, in ragione del fatto che non è prevista dal comma 2, salvi i casi di violazioni di norme extra-penali espressamente indicati, in specie per la locuzione “ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati”, alcuna clausola di illiceità speciale, il cui utilizzo caratterizza il settore in esame.

La lettura combinata del precetto penalistico con le norme extra-penali, però porta, tuttavia, a far ritenere che dovrebbe, in ogni caso, ritenersi necessaria presenza di un carattere abusivo delle condotte tipiche, da costruire in relazione alla violazione dei precetti civilistici richiamati.

E ancora, non pare esservi piena coincidenza fra le condotte penalmente rilevanti a norma della fattispecie in esame e quelle descritte dall'art. 64-*quiquies* sicché nel rispetto del principio di tassatività, non è ammissibile l'ampliamento dell'ambito di operatività della fattispecie ad attività non espressamente previste.

Ne consegue che la realizzazione di condotte differenti da quelle di riproduzione, trasferimento su altro supporto, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico del contenuto di una banca di dati, ovvero di estrazione o il reimpiego della banca di dati, o ancora, di distribuzione, vendita o concessione in locazione non saranno penalmente rilevanti, configurando – al più – un mero illecito civile²⁴¹.

²⁴⁰ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1178.

²⁴¹ Si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi della traduzione del contenuto di una banca dati o del suo adattamento.

Tanto il rinvio all'art. 64-*quinquies* quanto il richiamo alla violazione dell'art. 64-*sexies* confermano la necessità di una connotazione “abusiva” della condotta ai fini della rilevanza penale: in caso di autorizzazione del titolare o in caso di attività autorizzate *ex lege* le condotte non potranno assumere alcuna rilevanza penale.

Va, conclusivamente, rilevato che la scarsa applicazione giurisprudenziale della fattispecie in esame conferma le critiche mosse dalla citata accorta dottrina sulla opinabile formulazione della norma, ponendo serie perplessità sull'effettività del modello di tutela scelto nell'ambito del settore della proprietà intellettuale.

3.3.3 Il perimetro applicativo dell'art. 171-ter della Legge sul diritto d'autore e i suoi rapporti con l'art. 171 l.d.a

L'art. 171-*ter* è stato introdotto nella legge sul diritto d'autore ad opera dell'art. 17, D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, in attuazione della Dir. 92/100/CE in materia di diritto di noleggio, il diritto di prestito e di diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, per come previsto dalla legge comunitaria 1993.

Si rendeva, infatti, imprescindibile una novella dell'apparato penalistico a tutela delle condotte di duplicazione e riproduzione delle opere tutelate dal diritto d'autore che maggiormente erano oggetto della progressiva ed incessante espansione dei fenomeni criminosi.

Si tratta di una norma che sanziona una pluralità di condotte quali, la duplicazione, riproduzione, trasmissione o diffusione abusiva di un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento (co.1, lett. a); l'abusiva riproduzione, trasmissione o diffusione di opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati (co.1, lett. b); l'introduzione nel territorio dello Stato, la detenzione per la vendita o la distribuzione, distribuisce, o la posizione in commercio, noleggio o la cessione a qualsiasi titolo, proiezione in pubblico, trasmissione a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, a mezzo della radio o in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b) (co.1, lett.c) ; la detenzione per la vendita o la

distribuzione, la posizione in commercio, la vendita o il noleggio, la cessione a qualsiasi titolo, o la proiezione in pubblico, la trasmissione a mezzo radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato (co.1, lett. d); in assenza di accordo con il legittimo distributore, la ritrasmissione o diffusione con qualsiasi mezzo di un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato (co.1, lett. e); l'introduzione nel territorio dello Stato, la detenzione per la vendita o la distribuzione, vendita, noleggio, cessione a qualsiasi titolo, promozione commerciale, installazione di dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto (co.1, lett. f); la fabbricazione, importazione, distribuzione, vendita, noleggio, cessione a qualsiasi titolo, pubblicizzazione per la vendita o il noleggio, o detenzione per scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti ovvero la prestazione di servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102 quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure (co.1, lett. g); la abusiva rimozione o alterazione delle informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-*quinquies*, ovvero la distribuzione, importazione a fini di distribuzione, diffusione per radio o per televisione, comunicazione o messa a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse (co.1, lett. h).

Al secondo comma della medesima disposizione, si prevede, invece, la responsabilità penale di coloro i quali riproducano, duplichino, trasmettano o diffondano abusivamente, vendano o pongano altrimenti in commercio, cedano a qualsiasi titolo o importino abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi (co.2, lett. a); in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunichino al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte

di essa (co.2, lett. *a-bis*); esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1 (co.2, lett. b); promuovano o organizzino le attività illecite di cui al comma 1.

In tempi più recenti, la fattispecie ha subito importanti interventi di revisione normativa ad opera dell'art. 14, L. n. 248/2000, del comma 3 dell'art. 1, L. 21 maggio 2004, n. 128, di conversione con modificazioni del D.L. 22 marzo 2004, n. 72, e dell'art. 3, comma 3-*quater*, della L. n. 43/2005 e – solo limitatamente alla sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna – dell'art. 2, comma 217, L. 23 dicembre 2009, n. 191.

Da ultimo, con la L. 93/2023, il Legislatore ha inteso introdurre, al comma 1, una nuova lettera *«h-bis*) abusivamente, anche con le modalità indicate al comma 1 dell'articolo 85-*bis* del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, esegue la fissazione su supporto digitale, audio, video o audiovisivo, in tutto o in parte, di un'opera cinematografica, audiovisiva o editoriale ovvero effettua la riproduzione, l'esecuzione o la comunicazione al pubblico della fissazione abusivamente eseguita».

Detti interventi normativi sono, all'evidenza, il frutto del costante tentativo del Legislatore italiano di contrastare in maniera sempre più efficace la diffusione telematica abusiva delle opere dell'ingegno.

La formulazione originaria dell'art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*) sanzionava coloro che in – violazione dell'art. 16 – avessero diffuso «al pubblico per via telematica, anche mediante programmi di condivisione di files fra utenti, un'opera cinematografica o assimilata protetta dal diritto d'autore, o parte di essa, mediante reti e connessioni di qualsiasi genere».

Veniva, peraltro, prevista all'art. 174-ter, commi 2-*bis* e 2-*ter*, una sanzione amministrativa per chiunque, in violazione dell'art. 16, avesse diffuso al pubblico per via telematica, anche mediante programmi di condivisione di file fra utenti, un'opera cinematografica o assimilata protetta dal diritto d'autore, o parte di essa, mediante reti e connessioni di qualsiasi genere, ovvero, con le medesime tecniche, fruisce di un'opera cinematografica o parte di essa, nonché chiunque avesse posto in essere iniziative dirette a promuovere o ad incentivare la diffusione delle condotte di cui al comma 2-*bis*.

Nell'attuale formulazione, seppur la *ratio* resti quella di contrastare la diffusione telematica abusiva delle opere protette, l'area di penale rilevanza delle condotte è stata limitata alle condotte caricamento in rete – c.d. *upload* – di chi metta a disposizione del pubblico senza averne diritto un'opera protetta «immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere.

La disciplina sanzionatoria in esame prende le mosse dalla Dir. 2001/29/CE213, attuata nel nostro ordinamento ad opera del D.Lgs. n. 68/2003.

In particolare, da una interpretazione sistematica dell'art. 3 della direttiva e dell'art. 2 del D.Lgs. n. 68/2003 appare palese il rapporto di *genus ad speciem* fra “comunicazione al pubblico” e “messa a disposizione del pubblico” di un'opera protetta²⁴².

Sicché il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico ha per oggetto l'impiego di uno qualsiasi dei mezzi possibili di diffusione a distanza previsti dall'art. 16 compresa la “messa a disposizione del pubblico” dell'opera attraverso la “trasmissione interattiva digitale”, la quale permette a ciascuno di fruirne, anche in modo comune e contemporaneamente con altri, a prescindere dai limiti derivanti dal *tempus* e dal *locus*²⁴³.

Ciò posto, parrebbe possibile affermarsi che la norma incriminatrice di cui all'art. 171, comma 1, lett. *a-bis*) potrebbe trovare applicazione solo laddove messa a disposizione del pubblico avvenga tramite l'immissione dell'opera protetta in un sistema di reti telematiche.

Dunque, il mero accesso o la semplice agevolazione all'accesso ad un prodotto già presente in rete andrebbe letta come una semplice modalità di fruizione dell'opera ormai già “messa a disposizione”.

Il combinato disposto delle norme di cui agli artt. 171, comma 1, lett. *a-bis*), e 171-*ter*, comma 2, lett. *a-bis*) lascia, infatti, intendere che il Legislatore abbia voluto conferire rilevanza penale alla specifica condotta di immissione in un sistema di reti telematiche.

²⁴² L. CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione. La disciplina europea e italiana*, Giuffrè, 2005.

²⁴³ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1183.

Infatti, nel pieno rispetto del principio di frammentarietà, il Legislatore si è prodigato a selezionare compiutamente forme e modi dell'offesa al bene giuridico tutelato, mediante la previsione espressa che la condotta di "messa a disposizione del pubblico" di un'opera debba avvenire "immettendola in un sistema di reti telematiche mediante connessioni di qualsiasi genere".

Dunque, l'ambito applicativo della norma in esame risulta perimetrato non tanto dalla generica locuzione "messa a disposizione del pubblico" quanto piuttosto dalla locuzione ben più specifica afferente alla "immissione in un sistema di reti telematiche" che, all'evidenza, perimetra la condotta tipica penalmente rilevante.

Ne consegue che per la sussunzione di una determinata fattispecie concreta nelle fattispecie astratte in esame si renderà necessario verificare le concrete modalità tecniche di *upload* dell'opera intellettuale.

In via esemplificativa, bisognerà distinguere tra le ipotesi in cui l'*upload* avvenga attraverso modelli a struttura *client-server* o *peer to peer*.

Nella prima ipotesi, qualora l'utente, senza condividere risorse, si connetta ad un *server* per il mero *download* dell'opera di ingegno in formato digitale questi non potrà essere ritenuto responsabile penalmente, a differenza del gestore del *server* o del titolare del sito *internet* che, ai sensi dell'art. 171, comma 1, lett. a-bis), della abusiva messa a disposizione del pubblico dell'opera protetta, immessa in un sistema di reti telematiche.

Nelle ipotesi di caricamento *peer to peer* si richiede che ciascun utente debba procedere ad un caricamento di parte dei dati per poter fruire dell'opera tramite il *download*²⁴⁴.

In ragione di ciò si pongono delle serie difficoltà interpretative delle fattispecie penali di immissione abusiva in rete di opere dell'ingegno attraverso sistemi *peer to peer*.

In particolare occorre interrogarsi se debbano rispondere del reato gli utenti che condividano le opere in rete o se si debba limitare la responsabilità penale ai soli gestori dei siti che forniscano servizi di indicizzazione o di ricerca.

A tal fine, appare utile analizzare il noto caso *The Pirate Bay*²⁴⁵.

²⁴⁴ A. NATALINI, *Internet, chi fornisce link per eludere i diritti TV concorre nel reato*, in *Diritto e giustizia*, 2006, 40.

²⁴⁵ J. ANDERSSON, *The Pirate Bay and the Ethos of Sharing*, in *Deptford.tv Diaries*, Openmute Publishing, 2006; K. SCHOLLIN, *Digital Rights Management. The new Copyright*, 2008; E. DI AGOSTA, *Il caso "Pirate Bay" arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli "internet service provider", tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright (nota a Corte europea diritti uomo, sez. V,*

In sede cautelare il giudice riteneva, infatti, sussistente il *fumus commissi delicti* ed il *periculum* del reato di cui agli artt. 110 c.p. e 171-ter, comma 2, lett. a-bis) in quanto gli imputati, tramite il sito mettevano abusivamente a disposizione del pubblico in rete opere dell'ingegno consentendone il *download*.

La sussistenza degli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis) veniva confermata dalla Suprema Corte e legittimo il sequestro preventivo del sito *web*, in quanto i gestori avevano concorso nell'attività, penalmente rilevante, di diffusione di opere protette dal diritto d'autore²⁴⁶.

Veniva, in specie, ritenuto che la diffusione delle opere di ingegno sarebbe ascrivibile ai singoli utenti, mentre l'attività di indicizzazione e di tracciamento, necessaria per il trasferimento dell'opera, sarebbe da attribuire ai soli gestori del sito *web*.

La fattispecie si realizza, dunque, in caso di *upload* abusivo dell'opera e la sua conseguente diffusione mediante *internet*.

La responsabilità dei gestori del sito sussiste invece in ragione del fatto che il vengono indicizzate le informazioni al fine di orientare gli utenti nell'*upload* e nel *download* di una determinata opera dell'ingegno, sicché il gestore del sito non può più essere considerato, un mero tramite che organizza il trasporto dei dati, sussistendo, per converso un apporto causale all'*upload* imputabile a titolo di concorso di persone nel reato.

Concludendo, i gestori del sito possono essere penalmente perseguiti laddove abbiano posto in essere attività volte a facilitare gli utenti nella reperibilità delle opere, non potendo il sito essere qualificato come mero mezzo di *file transfert*.

Non pare, peraltro, affatto peregrina la declaratoria di responsabilità a titolo concorsuale concorso di persone nel reato commesso dagli utenti, in quanto la condotta dei titolari del sito costituisce è eziologicamente rilevante.

13.3.2013 n. 40397), in *Cass. pen.*, 10, 2013, 3375 ss.; F. DI TODARO, *Il caso «The Pirate Bay» tra libertà di espressione e diritto d'autore*, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2014, 4787 ss.

²⁴⁶ Cfr. *Cass. Pen.*, Sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437; in dottrina, si veda F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito Web: il caso «The Pirate Bay»*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010.

Va, tuttavia, rilevato come nell'ottica di parte della dottrina²⁴⁷ ma non dello scrivente tale contributo sarebbe da qualificarsi come di "minima importanza" che consente l'applicazione della sola attenuante di cui all'art. 114 c.p.

Chi scrive, per converso, ritiene che il contributo reso in tal caso dal *provider* sarebbe assai rilevante in quanto permetterebbe una considerevole protrazione delle conseguenze del reato, sicché – volendo ritenere sussistente una posizione di garanzia – non potrebbe in alcun modo ritenersi la condotta concorsuale come sussumibile nell'alveo dell'attenuante succitata.

L'unica ipotesi in cui, per certo, i titolari del sito dovrebbero andare esenti da responsabilità sarebbe quella in cui l'attività degli stessi fosse effettivamente inerte e se gli utenti provvedessero in piena autonomia anche all'indicizzazione dei dati e alla condivisione delle diverse risorse.

Come anticipato, altra questione problematica di estremo rilievo attiene all'individuazione del significato preciso delle locuzioni utilizzate dal legislatore negli artt. 171, comma 1, lett. *a-bis*) e 171-*ter*, comma 2, lett. *a-bis*) l'elemento oggettivo comune dei fatti tipici è quello dell'"immissione in un sistema di reti telematiche".

È stato osservato²⁴⁸ che parrebbe scarsamente logica la distinzione terminologica fra condotte tipiche di "comunicazione al pubblico" e di "messa a disposizione del pubblico" essendo a monte prevista una responsabilità penale per la condotta "a monte" di "immissione" senza diritto in un sistema di reti telematiche, presupposto tanto della comunicazione quanto della messa a disposizione.

Altro elemento comune tra le fattispecie attiene alla portata del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, che comprende altresì la messa disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

Se, infatti, siffatta violazione non sia richiamata espressamente dall'art. 171, comma 1, lett. *a-bis*), pare chiaro che il diritto esclusivo di "comunicazione al pubblico" debba intendersi quale *genus* in cui sussumere altresì la "messa a disposizione del

²⁴⁷ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1185.

²⁴⁸ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1183.

pubblico”, sicché le violazioni sanzionate dalle due norme parrebbero omogenee quantomeno con riferimento a tali elementi.

Un ulteriore elemento oggettivo volto a perimetrare la tipicità dei fatti penalmente rilevanti è stato introdotto ad opera dell’art. 2, della L. 2/2008 che ha previsto la libera pubblicazione in rete a titolo gratuito, di immagini e musiche a «bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro».

Va, per vero, osservato che assumendo rilievo – seppur indiretto – ai fini penalistici una disposizione dal contenuto così scarsamente determinato (non essendo stabilito cosa debba intendersi per “uso didattico o scientifico” e, soprattutto, per “bassa risoluzione o degradate”) mal si concilia con il principio di determinatezza imposto in materia penale.

Oltre ai tratti comuni vanno, tuttavia, evidenziati altresì gli svariati elementi differenziali tra le fattispecie in esame.

La norma incriminatrice di cui all’art. 171 prevede, infatti, una clausola di sussidiarietà rispetto a “quanto disposto dall’art. 171-*bis* e dall’art. 171-*ter*”.

Tale inciso conferisce, in linea generale, una funzione residuale all’art. 171, ma – a ben vedere – non con riferimento alle due lettere *a-bis*) in esame.

In entrambe le ipotesi di immissione abusiva, infatti, il legislatore ha inserito in ciascun articolo la medesima norma, in ragione della maggior gravità delle condotte sorrette dallo scopo di lucro.

Altri elementi differenziali tra le fattispecie attengono al fatto che l’art. 171 sanziona le condotte realizzate “senza diritto” e “in qualsiasi forma” a titolo di dolo generico, mentre l’art. 171-*ter* sanziona la condotta “generale” di “comunicazione al pubblico”, per cui l’area di punibilità è sensibilmente più ampia, trovando limitazione solo sul piano soggettivo, in ragione della imputazione a titolo di dolo specifico di lucro²⁴⁹.

Preme sottolineare come l’elemento soggettivo richiesto ai fini dell’imputazione della fattispecie in esame non sia affatto di secondario rilievo, tanto che il legislatore è intervenuto a più riprese modificandone la portata.

²⁴⁹ R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Cedam, 2010.

L'art. 1 della legge di conversione del D.L. n. 72/2004, infatti, ai commi 2 e 3 aveva previsto, all'art. 171-*ter*, la sostituzione del fine di lucro con quello di profitto, per poi reintrodurre il “fine di lucro” mediante l'art. 3, comma 3-*quinqüies* della L. n. 43/2005.

Va, peraltro, osservato che se l'art. 171 è connotato da un ambito applicativo più ampio, la fattispecie di cui all'art. 171-*ter*, comma 1, ha un'operatività più specifica e fa rinvio, attraverso la locuzione “se il fatto è commesso per uso non personale”, alle eccezioni e limitazioni dei diritti d'autore previste per legge (artt. 71-*sexies* e ss. della l.d.a.).

Infine, sotto il profilo sanzionatorio la diversità fra le pene previste dall'art. 171 e quelle stabilite dall'art. 171-*ter* è manifesta.

Le sanzioni di cui all'art. 171, comma 1, lett. *a-bis*), appaiono scarsamente efficaci, in un'ottica tanto general-preventiva quanto special-preventiva, essendo prevista, da un lato, una sanzione quantitativamente irrisoria e dall'altro, al comma 2, un meccanismo di estinzione del reato, per chiunque versi prima dell'apertura del dibattimento o prima dell'emissione del decreto penale di condanna una somma pari alla metà del massimo della pena stabilita.

L'art. 171-*ter*, comma 2, lett. *a-bis*), prevede, invece, delle sanzioni ben più elevate, specie se si considera che il fulcro offensivo delle due fattispecie appare parzialmente comune, essendo costituito dalla comunicazione al pubblico o messa a disposizione del pubblico di un'opera protetta dai diritti d'autore “immettendola in un sistema di reti telematiche”.

Sicché appare evidente come l'apparato sanzionatorio previsto dal legislatore per le violazioni in materia di diritto d'autore non sia sempre ben calibrato e presenti delle rilevanti difficoltà interpretative e applicative che possono determinare l'applicazione di una norma piuttosto che di un'altra con conseguenze di estremo rilievo sotto il profilo sanzionatorio.

Prima di concludere il paragrafo afferente al reato di cui all'art. 171-*ter* si ritiene utile ai fini di una migliore comprensione dell'analisi sin qui effettuata effettuare una breve disamina della casistica applicativa della fattispecie *de qua*.

Essa è stata applicata in diverse ipotesi criminose corrispondenti a fenomeni fra loro assai differenti in ragione dell'esponenziale e continuo mutamento delle tecnologie.

Basti pensare che è stata considerata penalmente rilevante la condotta di detenzione in un sistema informatico, per uso non personale ed al fine di profitto, di un'opera dell'ingegno abusivamente riprodotta mediante scansione e destinata alla realizzazione di copie cartacee da porre in vendita²⁵⁰.

La fattispecie di cui alla lett. b) del medesimo articolo, invece, ha trovato applicazione in casi di abusiva riproduzione, trasmissione o diffusione in pubblico di opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati²⁵¹ o in caso di destinazione alla vendita di volumi indebitamente riprodotti con finalità di lucro²⁵².

Con l'avvento della *pay per view* e dei video *on demand* si è, peraltro diffusa una nuova criminalità connotata da nuove forme di abusi concernenti la diffusione di programmi video criptati e concessi in visione ad utenti titolari di abbonamento da parte di soggetto non dotato di un abbonamento per la diffusione in esercizi commerciali per l'utilizzazione di schede elettroniche per la ricezione dei programmi televisivi a pagamento presso locali aperti al pubblico pur laddove il contratto preveda l'uso strettamente personale e familiare di tale strumento²⁵³.

Per la verità non è affatto pacifica la configurabilità del reato di cui alla lett. e), comma 1, art. 171-ter in casi di diffusione in pubblico di un evento mediante l'utilizzo di una tessera abilitata esclusivamente alla visione di eventi in ambiti personali e domestici, sussistendo un contrasto giurisprudenziale con riferimento all'integrazione del "fine di lucro" richiesto dalla norma incriminatrice²⁵⁴.

3.4. La responsabilità omissiva degli I.S.P. nelle fattispecie in materia di diritto d'autore

²⁵⁰ D. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Giur. di Merito*, 2008, 3067 ss.; R. ZANNOTTI, *(Dis)orientamenti della cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 269 ss.; P. ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore e le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248/2000*, in *Cass. pen.*, 2003, 675 ss.

²⁵¹ In tal senso, cfr. Tribunale di Perugia 20 maggio 2016, n. 1148.

²⁵² Cass. Pen., Sez. III, 30 aprile 2015, n. 47590; Cass. Pen., Sez. III, 25 febbraio 2016, n. 23678.

²⁵³ Sul punto si veda Tribunale di Torre Annunziata, Sez. II, 10 febbraio 2015, n. 342, citata da R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1190.

²⁵⁴ Cfr. C. CUOMO, *Nota a sentenza Cass. pen., sez. III, 2.12.2011, n. 7051*, in *CASS. PEN.*, 2013, 1, 264.

È oramai all'ordine del giorno condivisione sul *web* di informazioni, contenuti ed opere di vario tipo, da semplici articoli di giornali o riviste, a brani musicali, prodotti cinematografici, applicazioni e software.

Tali condotte sono tanto diffuse di difficile inquadramento sul piano del diritto penale sostanziale, potendosi ravvisare possibili profili di responsabilità penale dei fornitori dei più svariati servizi che caratterizzano la società dell'informazione, specie in ragione dell'esistenza delle procedure di *notice and take down*, previste dalle fonti europea.

Le categorie di *service providers*²⁵⁵ previste dalla direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE, attuata in Italia con il D.Lgs. n. 70/2003, che *de jure condito* devono essere tenute in conto, selezionano, per vero, tipologie oggettive di attività che possono essere svolte dai fornitori di servizi, le quali non sono, a ben vedere, del tutto sufficienti a rappresentare il variegato panorama attuale, che abbraccia una serie di servizi che vanno oltre quelli legati alla mera fornitura di accesso ad *internet*, di un *host* o alla memorizzazione di dati²⁵⁶.

Ad oggi, infatti, sono presenti, ad esempio, soggetti qualificabili come *network providers* e *cloud providers*. Fra gli stessi *host providers* si rinvengono differenti *business models*²⁵⁷ e fra i *content providers* si assiste alla presenza di figure c.d. attive e passive²⁵⁸.

²⁵⁵ Per una più ampia disamina della categorizzazione degli ISP, si fa rinvio al par 2.4.3. del presente capitolo.

²⁵⁶ Sul punto si fa rinvio a L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service Providers in Internet*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 379 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei Service Providers in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 501 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1998, 745 ss. D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Jovene, 2004; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in Internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009, 509 ss.; D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 308 ss. R. FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012, 647 ss.

²⁵⁷ R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1207.

²⁵⁸ E. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. giust.*, 2010, 184 ss.; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, 829 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 347 ss.; R. LOTIERZO, *Il caso Google – Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, 4003 ss..

La definizione di service provider accolta dalla c.d. Convenzione sul Cybercrime – (art. 1, lett. c) è – come già chiarito *supra sub* par. 2.4.3. – piuttosto ampia, in quanto fa riferimento a qualsiasi soggetto pubblico o privato che consente agli utenti del suo servizio la possibilità di comunicare tramite un sistema informatico, nonché qualsiasi altro soggetto che tratta o archivia i dati informatici per conto di servizi di comunicazione o degli utenti di un servizio.

Date queste premesse, non sorgono particolari questioni per ipotizzare una responsabilità di un fornitore di servizi per fatto proprio o nel caso in cui fornisca un contributo in termini di causalità attiva, alla realizzazione della condotta tipica commessa dagli utenti attraverso le sue reti, in quanto questi potrebbe rispondere *ex art.* 110 c.p. a titolo di concorrente morale o materiale laddove abbia determinato o rafforzato il proposito criminoso – ad esempio fornendo istruzioni e indicazioni utili ad accedere a determinate opere dell’ingegno, incentivando tale attività, che potrebbero portare profitti allo stesso fornitore di servizi – in termini di visibilità e fruizione a fini commerciali o promozionali, oppure laddove abbia in concreto fornito un ausilio materiale nella preparazione o nella esecuzione del reato.

Parimenti rilievo penalistico possono assumere le ipotesi in cui il fornitore indicizzi, memorizzi i dati riconducibili alle opere digitali protette, o consenta il loro *upload* attraverso le sue strutture – il che potrebbe concretizzarsi nel mettere a disposizione, anche attraverso un sito *internet, link, software* – o fornisca informazioni utili alla fruizione non autorizzata di un’opera dell’ingegno.

In siffatte ipotesi parrebbero ravvisabili gli estremi di una responsabilità commissiva concorsuale, in quanto il fornitore avrebbe, in concreto, contribuito a mettere a disposizione del pubblico l’opera protetta, immettendola in un sistema di reti telematiche.

Per l’integrazione delle fattispecie oggetto di analisi nei presenti paragrafi, sarebbe, in ogni caso, necessario verificare l’effettiva verificazione di un’agevolazione alla sola circolazione dell’opera già “messa a disposizione”, o, invece, se il reo abbia personalmente provveduto all’“immissione” della stessa in un sistema di reti telematiche, condotte che potrebbero integrare gli illeciti di cui agli artt. 171, comma 1, lett. a-bis), l.d.a. e 171-ter, comma 2, lett. a-bis).

E ancora, l'ISP potrebbe contribuire anche alla commercializzazione o comunicazione in rete, se non alla pubblicizzazione per la vendita o il noleggio, o alla detenzione per scopi commerciali di componenti o servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere le misure tecniche di protezione, o siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di tali misure, previste dall'art. 171-ter, lett. f-bis), l.d.a.

Ma, per vero, le maggiori questioni problematiche non attengono alle condotte sin qui menzionate.

Infatti, è ben più complessa – e di interesse ai fini del presente elaborato – la questione della sussistenza o meno di un obbligo giuridico a carico del *provider* di impedire le violazioni penali dei diritti d'autore commesse dagli utenti, ovvero porvi termine, attribuendogli una posizione di garanzia ex art. 40, comma 2, c.p., tematica già analizzata *supra* con riferimento alle fattispecie di diffamazione.

Come premesso *sub par.* 2.4.3. del presente capitolo, la dottrina maggioritaria – come d'altra parte lo scrivente – è critica sul riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al provider²⁵⁹.

Parrebbe, infatti, doversi escludere – allo stato – la sussistenza di un generalizzato obbligo di controllo preventivo rispetto a qualsiasi violazione penale dei diritti d'autore.

Non si rinviene, infatti, in materia *de qua* una norma modellata sulla base degli artt. 57 e 57-bis c.p., disposizioni la cui applicazione estensiva – *rectius* analogica – è già assai opinabile in relazione alle ipotesi di diffamazione a mezzo *web* e, dunque, a maggior ragione in relazione ai delitti in materia di diritto d'autore.

Né parrebbe essere ravvisabile in capo all'ISP una posizione di protezione o di controllo *ex ante* rispetto a rischi o fonti di pericolo che non sarebbero comunque riconducibili ad una sua sfera di signoria²⁶⁰.

È, infatti evidente l'impossibilità pratica, tecnica, oltre che giuridica di un efficace controllo generale *ex ante* del traffico telematico e del suo contenuto.

²⁵⁹ Sul punto si vedano A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, 779 ss. e F.SGUBBI, *Parere pro veritate sulla fondatezza delle imputazioni elevate dalla Procura della Repubblica di Milano nel processo Vivi Down*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2009, 745 ss.

²⁶⁰ L. PESOLE, *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1990, 719 ss.; C. PARODI, *Responsabilità dei Provider ed accertamento degli illeciti telematici*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 1549 ss.

In altri termini, si tratterebbe di attività che non rientrerebbero facilmente nell'ambito del "normale" potere di organizzazione e disposizione del gestore del SN, se non tramite una forte ingerenza nella sfera riservata e personale degli utenti.

Differentemente parrebbero potersi ipotizzare, nell'ambito del settore dei diritti d'autore e connessi, specifici obblighi *ex post*, che potrebbero rinvenirsi attraverso una lettura sistematica della procedura *lato sensu* inibitoria prevista dalla l.d.a. (artt. 156, 156-bis e 163), delle specifiche norme incriminatrici penali in materia *de qua* e delle disposizioni relative alla procedura di *notice and take down*, di attuazione della direttiva sul commercio elettronico *ex art. 14*, comma 1, lett. b e comma 3.

Dette disposizioni parrebbero, infatti, investire il *provider* di una responsabilità, sul piano extra-penale per il contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia 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 assicuri l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente²⁶¹.

Bisogna, in ogni caso, tenere a mente che tanto gli obblighi di rimozione degli effetti derivanti da "fatti" già realizzati (artt. 14, comma, 3, 15, comma 2 e 16, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003), quanto quelli di segnalazione di illeciti (art. 17, comma 2, D.Lgs. n. 70/2003), nonché la medesima disposizione che vieta un obbligo generale di sorveglianza, facciano riferimento a "violazioni" ed "attività illecite" e non a "reati", sicché non sempre in presenza di simili condotte l'ISP deve essere chiamato a rispondere a titolo omissivo per una fattispecie di reato.

In sintesi, possiamo affermare che non permangano dubbi circa l'esistenza di obblighi di fonte normativa che impongano l'attivazione dell'ISP per impedire un determinato evento o l'obbligo di rimozione del materiale illecito, nonché la disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti ad esso relativi.

Occorre, tuttavia, porre dei *caveat* nel ritenere possibile desumere l'insorgenza di una posizione di garanzia in capo agli ISP, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità penale degli stessi per omesso impedimento di taluni reati in materia di

²⁶¹ Cfr. A. MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, in G. CASSANO – I.P. CIMINO (a cura di), *Il diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie*, Cedam, 2009, 357 ss.; I.P. CIMINO, *Contratti degli internet providers e per i data services on line*, in G. CASSANO – I.P. CIMINO (a cura di), *Il diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie*, Cedam, 2009, 3 ss.

diritto d'autore²⁶², specie in relazione a condotte che vengano poste in essere sotto la loro autorità o controllo.

È, infatti, rinvenibile un modello ingiunzionale e una procedura, al cui esito è emesso un provvedimento amministrativo o giurisdizionale che impone l'inibitoria o il blocco dell'accesso ad una *webpage* o ad un sito²⁶³, ma non è propriamente previsto un dovere di impedimento in capo al *provider*.

Ad ogni buon conto, potrebbe ipotizzarsi – pur con i dovuti *caveat* analiticamente posti nel capitolo conclusivo del presente elaborato – una responsabilità del *provider* che venga a conoscenza dell'illecito che sia in grado di riconoscerlo, essendo dotato di effettivi poteri di interdizione, impeditivi o direttamente legati ai processi da cui derivano i rischi, essendo tenuto ad impedirne la protrazione e potendo, dunque, rispondere a titolo di concorso omissivo nel caso in cui dovesse restare inerte.

La previsione di una responsabilità degli ISP unicamente in tali casi potrebbe essere un buon punto d'equilibrio – ma non il migliore, *ut amplius infra sub cap. III* – fra la previsione di un obbligo di controllo *ex ante*, che, essendo pressoché inesigibile porterebbe ad una vera e propria “responsabilità da posizione” e la sostanziale irresponsabilità dei prestatori di servizi che vi sarebbe laddove non venisse riconosciuta la sussistenza di una posizione di garanzia degli stessi²⁶⁴.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea²⁶⁵ è già intervenuta in diverse occasioni in relazione alla c.d. procedura di *take down*, affermando che l'ingiunzione diretta, da parte di un giudice ad un ISP, di adottare sistemi di filtro preventivo e generalizzato per impedire agli utenti di utilizzare sistemi di file *sharing* in violazione delle norme in materia di diritto d'autore, comprime in modo sproporzionato la libertà di impresa tutelata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché i diritti e le libertà tutelati dagli artt. 8 e 11 della medesima Carta e dagli artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

²⁶² R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1213.

²⁶³ R. FLOR, *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità dei fornitori del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3, 2012, 673 ss.

²⁶⁴ R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 5, 600 ss.; R. FLOR, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1214.

²⁶⁵ CGUE 24.11.2011 (C-70/10) e, successivamente, CGUE 16.2.2012 (C 360/10, caso “SABAM v. Netlog”).

fondamentali, in considerazione della natura prevalentemente economica dei beni protetti dalla l.d.a..

La Corte europea non esclude *tout court* la possibilità di ricorrere ad una siffatta procedura di ingiunzione a patto che non si traduca nell'attribuzione di un obbligo di sorveglianza generalizzato ed illimitato e ad una limitazione dei diritti e delle libertà dei fruitori.

Le misure adottate dall'ISP, dunque, non dovranno privare inutilmente gli utenti della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e devono essere limitate ad impedire o quantomeno a ridurre il rischio delle consultazioni non autorizzate di materiali protetti, scoraggiando gli utenti dal consultare i materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale.

Va, sul punto, segnalata la recente emanazione del Reg. 2022/2065/UE, *Digital Service Act*, che ha rivisto le regole del *web*, introducendo nuove norme su trasparenza, pubblicità *online*, tutela della concorrenza e dei diritti e delle libertà fondamentali, prevedendo nuovi obblighi a carico dei grandi *marketplace* e dei *social network*.

Viene, peraltro, previsto che gli ISP che si occupino di servizi di memorizzazione di informazioni saranno, peraltro, tenuti a predisporre meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche ritenuti illegali.

Si assiste, dunque, ad una nuova asimmetria degli obblighi, ossia ad una distribuzione bilanciata e proporzionata delle responsabilità e dei doveri di diligenza in capo ai diversi prestatori di servizi digitali. In linea di massima, sono confermati i regimi di limitata responsabilità per i cosiddetti servizi di *mere conduit* e di *caching*, mentre i prestatori di servizi di *hosting* saranno tenuti a predisporre procedure di notifica e risposta per i contenuti illegali, dando la possibilità di contestare le decisioni di moderazione dei contenuti assunte sulle rispettive piattaforme.

Conclusivamente, parrebbero – nei termini *ampius* analizzati *infra sub* cap. III – ipotizzabili delle responsabilità penali a titolo di concorso omissivo nell'altrui delitto (se in tutti i casi in cui il *provider* contravvenga ai suddetti obblighi, in quanto andrebbe – in buona sostanza – ad agevolare la protrazione dell'altrui condotta penalmente rilevante.

Tuttavia, ad avviso dello scrivente, vi sarebbe una oggettiva difficoltà nell'accertare l'elemento soggettivo del reato – trattandosi di fattispecie punite a titolo di

dolo – in quanto bisognerebbe, in ogni caso, accertare la coscienza e volontà del *provider* di concorrere nel reato.

4. Questioni penalistiche in materia di trattamento di dati personali

4.1. *Il nuovo apparato normativo a tutela del diritto alla riservatezza*

La normativa in materia di protezione dei dati personali è caratterizzata dall'esistenza di un *corpus* normativo unitario, il c.d. codice della *privacy*, D.Lgs. n. 196/2003, che prevede un apparato sanzionatorio piuttosto articolato, connotato dalla compresenza di sanzioni amministrative e penali.

Il quadro normativo è, tuttavia, recentemente mutato in ragione delle novelle imposte al livello europeo, con una dicotomizzazione di fondo tra il trattamento di dati in materia di giustizia penale e polizia, disciplinato dalla Dir. UE 2016/680 e tutti gli altri tipi di trattamento, regolati dal Reg. UE 2016/679.

Tale mutamento al livello legislativo ha fatto sì che le norme incriminatrici previste dal D.Lgs. n. 196/2003 sono state in parte sostituite e in parte affiancate da quelle previste dal D.Lgs. n. 101/2018, di recepimento del Reg. UE 2016/679, e da quelle previste dal decreto legislativo n. 51/2018, di recepimento della Dir. UE 2016/680, che in particolare ha introdotto tre fattispecie delittuose fondate sulla violazione di alcune regole che presiedono al trattamento di dati personali per fini di prevenzione, accertamento, repressione dei reati, nonché di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica²⁶⁶.

In particolare, l'art. 11 della L. n. 163/2017, imponeva al Governo di prevedere per le violazioni delle norme della direttiva recepita mediante la prefata legge l'applicazione della pena detentiva ferma restando la disciplina vigente per le fattispecie penali già previste dall'ordinamento e non espressamente abrogate.

A fronte di tale criterio guida il Legislatore italiano ha ritenuto di prevedere un ampio novero di illeciti amministrativi e solo alcune specifiche fattispecie delittuose volte

²⁶⁶ F. RESTA, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1076 ss.

a sanzionare le violazioni più gravi suscettibili di realizzazione da parte delle forze di polizia o dell'autorità giudiziaria in sede penale.

D'altra parte, tale scelta di politica criminale, da un lato ben si concilia con la funzione di *extrema ratio* delle norme penali e dall'altro non confligge affatto con la direttiva recepita che si limitava a rimettere agli Stati membri l'approntamento di norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazioni di disposizioni di recepimento della direttiva stessa.

Parzialmente differente è stato, invece, l'approccio del Legislatore nel recepimento del Reg. UE 2016/679, ove si è proposto per l'introduzione di fattispecie penali.

Il quadro sanzionatorio in materia *de qua* appare, dunque, particolarmente complesso e frastagliato.

V'è stato, in specie, un ampliamento del novero delle fattispecie di illecito amministrativo rispetto al previgente testo del D.Lgs. n. 196/2003, peraltro con un aumento delle sanzioni ivi previste.

Quanto alle fattispecie penali, esse si suddividono in delitti in materia di inosservanza dei provvedimenti del Garante, falsità in atti e dichiarazioni al Garante, modellate sulle previgenti fattispecie di cui agli artt. 170 e 168 del codice della *privacy*, e reati in materia di trattamento illecito, modellati sui tratti essenziali del previgente delitto di trattamento illecito di dati personali.

L'art. 43 del D.Lgs. n. 51/2018 ha, in specie, ribadito la rilevanza penalistica delle violazioni della disciplina inerente al trattamento dei dati anche appartenenti a categorie particolari, laddove sussista l'elemento soggettivo del dolo specifico di danno o di profitto e la condizione obiettiva di punibilità intrinseca del danno causato dalla violazione.

È, peraltro, rimasta invariata la previsione all'art. 46 del prefato decreto della sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza, secondo quanto previsto dall'art. 172 previgente, sia pur con il riferimento espresso alla disciplina di cui all'art. 36, commi

2 e 3, c.p., così limitando la pubblicazione ai soli siti *web* escludendo le testate su carta stampata.

4.2. Le fattispecie di reato introdotte dal D.Lgs. 51/2018 in materia di trattamento di dati in materia di giustizia penale e polizia

4.2.2. Il trattamento illecito di dati

L'art. 43 del Decreto n. 51/2018 delinea la fattispecie di trattamento illecito, applicabile qualora la condotta non integri gli estremi di una più grave fattispecie di reato, secondo quanto previsto dalla clausola di sussidiarietà posta nell'*incipit* della norma incriminatrice.

Per quanto il soggetto attivo venga individuato in "chiunque", la norma pare debba essere qualificata come un reato proprio del titolare o del responsabile del trattamento dei dati i quali violino gli obblighi di cui sono gravati.

Sotto il profilo oggettivo la fattispecie deve ritenersi integrata laddove avvenga un trattamento realizzato in assenza dei presupposti di legittimazione ovvero in violazione della disciplina sul processo decisionale automatizzato, mentre sotto il profilo dell'elemento soggettivo è richiesta la sussistenza del dolo specifico di danno o di profitto, indifferentemente proprio o altrui.

Tali elementi costitutivi della fattispecie (dolo e nocumento) sono stati ripresi pressoché tralattivamente dalla fattispecie di cui all'art. 167.

Come nel delitto di cui all'art. 167, quello delineato dall'art. 43, D.Lgs. n. 51/2018 richiede anche, ai fini della sussistenza del reato, il nocumento causato essenzialmente all'interessato per effetto della violazione sottesa al trattamento.

Viene, peraltro, prevista una circostanza aggravante speciale ad effetto comune per il trattamento illecito che comporti comunicazione o diffusione dei dati illecitamente raccolti o gestiti.

Al secondo comma dell'art. 43 viene, invece, prevista una autonoma fattispecie di reato sussistente nelle ipotesi di trattamento di dati "sensibili" di cui all'art. 9 GDPR, in violazione della relativa disciplina ovvero del divieto di profilazione discriminatoria, punita con la pena della reclusione da uno a tre anni, ben più elevata rispetto a quella prevista dal primo comma della medesima disposizione in ragione della tutela rafforzata da accordare a tali peculiari categorie di dati.

4.2.3. Falsità in atti e dichiarazioni al Garante

Anche la fattispecie prevista dall'art. 44 del D.Lgs. n. 51/2018 è, in buona sostanza, modellata sulla base di quella preesistente e prevista dall'art. 168 del codice della *privacy*.

Rispetto alle altre fattispecie penali previste dal decreto l'ambito di applicazione soggettiva della stessa è, per vero, ben maggiore, in quanto i possibili soggetti attivi del reato sono coloro i quali siano tenuti all'obbligo di fornire informazioni al Garante e, dunque, non solo il titolare e il responsabile del trattamento, ma anche i terzi ai quali sia richiesto di collaborare col Garante o con le autorità.

La fattispecie in parola deve ritenersi posta a tutela di un bene giuridico intermedio e strumentale, da individuarsi nell'efficienza dell'azione del Garante, pregiudicata dalla ostensione di documenti falsi e di quello finale del diritto alla protezione dati.

Sotto il profilo oggettivo, per come facilmente vaticinabile dalla sola lettura della rubrica, la fattispecie deve ritenersi integrata laddove siano rilasciate le false dichiarazioni o si producano atti o documenti dal contenuto mendace al Garante.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, invece, deve ritenersi sufficiente il solo dolo generico, consistente nella consapevolezza del carattere mendace della dichiarazione o dell'atto presentati al Garante e la relativa idoneità concretamente decettiva in relazione a fatti o circostanze il cui accertamento o la cui esistenza assuma rilevanza nel contesto procedimentale.

4.2.4. Inosservanza di provvedimenti del Garante

La fattispecie di cui all'art. 45 in esame nel presente paragrafo ha recentemente subito una rilevante novella ad opera del D.L. n. 139/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 205/20213.

In particolare, se la formulazione originaria della disposizione introdotta dal D.Lgs. n. 51/2018 veniva modellata in maniera del tutto tralattizia rispetto alla fattispecie di cui all'art. 170 del codice della *privacy*, a sua volta basata sulla previgente fattispecie di cui alla L. n. 675/1996, quale reato di pura condotta, integrato nel caso di mera inosservanza di provvedimenti del Garante applicabili nei confronti del soggetto attivo, con il D.L. n. 139/2021, la norma è stata configurata come delitto di danno, perseguibile

a querela di parte, con condotta a forma vincolata consistente nella violazione dei provvedimenti del Garante.

Sicché la fattispecie di nuova introduzione si realizza unicamente nelle ipotesi in cui venga accertato un concreto nocumento eziologicamente connesso all'inosservanza del provvedimento del Garante.

Anche in tal caso, nonostante il parzialmente fuorviante utilizzo del lemma "chiunque" la norma prevede un reato proprio del destinatario di un provvedimento del Garante.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la fattispecie richiede il mero dolo è generico, consistente nella consapevolezza, del soggetto attivo, di aver tenuto una condotta inosservante del provvedimento reso nei propri confronti nonché dell'effetto concretamente pregiudizievole della violazione di suddetto provvedimento.

La norma è, all'evidenza, posta a tutela del bene giuridico finale da individuarsi nel diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato e di quello intermedio o strumentale da individuarsi nella effettività dei poteri del Garante di cui è espressione il provvedimento violato.

4.3. Le principali fattispecie di reato in materia di dati personali

Dopo aver reso una panoramica d'insieme delle fattispecie introdotte ad opera del D.Lgs. n. 51/2018 preme analizzare quelle – preesistenti, ma novellate ad opera del D.Lgs. n. 101/2018, con cui è stato recepito il Reg. UE 2016/679 – contenute Testo unico della *privacy*, D.Lgs. n. 196/2003.

L'originario schema di decreto approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri prevedeva l'abrogazione di tutte le fattispecie penali previste dal prefato codice della *privacy* e la contestuale introduzione di un'unica fattispecie delittuosa correlata alla falsità nelle dichiarazioni al Garante e all'interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante stesso.

Tuttavia, un siffatto intervento venne tacciato di essere scarsamente compatibile con il principio per cui le fattispecie penalistiche dovrebbero essere l'*extrema ratio* dell'ordinamento, in quanto la previsione di un così ampio delitto di inosservanza, volto a tutelare non già il bene giuridico finale consistente nel diritto alla protezione dei dati personali dei cittadini quanto piuttosto quello intermedio, si sarebbe sovrapposta agli

illeciti amministrativi già previsti, con conseguente violazione del principio di *ne bis in idem*.

Il testo è stato, dunque, modificato prima dell'approvazione in via definitiva e modellato sulla base delle scelte compiute nell'ambito del decreto di recepimento – analizzato nel paragrafo che precede – della Dir. UE 2016/680.

In primo luogo, la fattispecie di cui all'art. 167 viene sostituita da una meno ampia della precedente e a tale norma vengono affiancate due ulteriori ipotesi di reato, l'una inerente alla comunicazione e diffusione illecita di dati personali trattati su larga scala, l'altra relativa all'acquisizione fraudolenta di dati personali trattati su larga scala.

Resta, invece, ferma la previsione di cui all'art. 168, volto a sanzionare la falsità nelle dichiarazioni al Garante, nonché – secondo quanto previsto dalla novella – l'interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante.

Non vengono abrogate le fattispecie di reato previste dallo Statuto dei lavoratori in materia di controllo illecito a distanza dei lavoratori e violazione del divieto di condurre indagini sulle opinioni politiche e sindacali dei lavoratori, a differenza di quelle di omessa adozione di misure minime di sicurezza che, sovrapponendosi al corrispondente illecito amministrativo di cui al combinato disposto degli artt. 33 e 162, comma 2-bis, D.Lgs. n. 196/2003, non parevano rispettose del principio di *ne bis in idem*.

Va, infine, segnalata la scelta di mantenere la fattispecie di inosservanza dei provvedimenti del Garante, poi novellata dal D.L. n. 139/2021 e di non prevedere la confisca dei profitti ottenuti mediante il reato, pur suggerita da autorevole dottrina²⁶⁷.

Appare, in ogni caso, evidente come la direttrice principale seguita dal legislatore nel proprio intervento di riforma sia stata quella di prevenire qualsivoglia tensione con il divieto di *bis in idem*, anche facendo ricorso all'introduzione nelle preesistenti fattispecie incriminatrici di *essentialia* aventi funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti - dolo specifico, soglie di rilevanza penale, reati di evento e non di mera condotta – rispetto a quelle oggetto di mera sanzione amministrativa.

Un siffatto modo di operare, oltre ad essere pienamente condivisibile e di buon senso, è stato pressoché imposto al Legislatore dalla giurisprudenza europea formatasi in seguito alla nota pronuncia *Grande Stevens*, avente ad oggetto proprio la legittimità della previsione di duplici sanzioni sotto il profilo penale ed amministrativo.

²⁶⁷ In tal senso, *ex plurimis*, A. MANNA.

Per come si avrà modo di vedere nel prosieguo, tuttavia, tale intervento di novella, seppur mosso dai più nobili intenti, risulta sovente opinabile in ragione della scarsa determinatezza degli elementi essenziali introdotti nelle fattispecie e delle conseguenti incertezze interpretative cui incorre l'interprete nell'attività di esegesi delle stesse.

4.3.1. Il trattamento illecito di dati

Con il D.Lgs. n. 101/2018, per come parzialmente anticipato, è stata prevista l'introduzione di fattispecie di reato poste a tutela del bene giuridico finale del diritto alla protezione dei dati personali, volte a sostituire il previgente art. 167.

In particolare, la nuova formulazione art. 167, rubricato «trattamento illecito di dati» prevede un delitto di danno qualificato dalla violazione di norme sulla sola disciplina della legittimità del trattamento nel settore delle comunicazioni elettroniche, connotato da un dolo specifico di profitto o di danno.

Ai successivi commi 2 e 3 sono, poi, previste due fattispecie aggravate ad applicazione più ampia – in quanto non limitata al settore delle comunicazioni elettroniche – per le condotte relative a trattamenti di dati sensibili o giudiziari in violazione delle misure di garanzia e degli specifici requisiti prescritti per il loro trattamento ovvero il trasferimento all'estero di dati personali – anche se comuni – senza osservare le disposizioni in materia.

Ad oggi, dunque, le violazioni sostanzialmente sovrapponibili a quelle già sanzionate a norma del previgente art. 167 sono state scisse nelle due fattispecie di cui ai primi due commi del 167, distinguendo tra quelle sulle comunicazioni elettroniche e quelle sul regime di legittimità del trattamento di dati sensibili e giudiziari ovvero sul trasferimento di dati all'estero.

Per come anticipato, sotto il profilo dell'elemento soggettivo viene previsto un dolo specifico, alternativamente, di profitto o di danno.

Il nocimento causato all'interessato deve, infatti, quale elemento costitutivo del reato, essere oggetto di autonoma e consapevole volizione da parte dell'agente, esso non è tuttavia sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo richiesto dalla norma, dovendo altresì provarsi l'intenzione dell'autore di realizzare, con la condotta illecita, profitto per sé o per altri.

In assenza di una siffatta formulazione del dolo, alternativamente di profitto o di danno, sarebbero restate fuori dall'ambito applicativo della fattispecie in esame attraverso

condotte motivate da atteggiamenti offensivi e non invece da ragioni di vantaggio, così lasciando un inopportuno vuoto di tutela difficilmente giustificabile rispetto alla scelta di conferire rilevanza penale ai trattamenti illeciti di dati personali lesivi per l'interessato²⁶⁸.

Va, peraltro, osservato come, il legislatore abbia – opportunamente, ad avviso dello scrivente – inteso uniformare le pene previste per la fattispecie base e per quella aggravata rispetto a quelle stabilite per le corrispondenti fattispecie sopra analizzate e contenute nell'art. 43, D.Lgs. n. 51/2018.

Conclusivamente non paiono sussistere dubbi circa la continuità normativa tra la previgente fattispecie di cui all'art. 167 nelle ipotesi in materia di condizioni di legittimità del trattamento di dati sensibili o giudiziari, nonché di comunicazioni elettroniche, in quanto richiamate anche nella nuova formulazione, mentre parrebbe essersi determinata una parziale *abolitio criminis* relativamente alle condotte di trattamento illecito di dati in assenza di consenso²⁶⁹.

4.3.2. Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala

Come già anticipato, accanto alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 167 sono state introdotte altre due norme incriminatrici.

L'art. 167-*bis* introduce, con una clausola di sussidiarietà rispetto a più gravi reati suscettibili di essere integrati dalle medesime condotte, il delitto di «comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala».

²⁶⁸ F. RESTA, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1084 ss.

²⁶⁹ In tal senso cfr. Cass. Pen., Sez. feriale, 13 agosto 2019, n. 40140, secondo cui «l'utilizzo abusivo dei codici di una carta di credito di un cliente assume rilievo penale solo in relazione al D.Lgs. n. 196 del 2003 e in particolare all'art. 167, prima delle modifiche a questo apportate dal D.Lgs. n. 101 del 2018 e non anche ai sensi dell'art. 167 del Codice Privacy attualmente in vigore»; *contra* cfr. Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2019, n. 46376, che per converso ravvisa continuità normativa in relazione alle fattispecie che presuppongono violazioni di norme ricomprese nell'art. 167, sia nella nuova sia nella vecchia formulazione, secondo cui: «continua ad integrare il reato previsto dall'art. 167 d.lgs. 196 del 2003, pur dopo la modifica apportata dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, la condotta del soggetto che, privo dell'autorizzazione al trattamento di dati personali relativi al traffico telefonico di cui all'art. 123 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, abbia diffuso il numero di telefono cellulare altrui in assenza del consenso dell'interessato, in quanto tale condotta arreca effettivamente un nocumento a quest'ultimo, che ben può essere di natura non patrimoniale»; Sul punto, v. anche in dottrina F. RESTA, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1091 ss..

Nell'originario schema di decreto, diversamente rispetto alle altre fattispecie penali previste dal D.Lgs. n. 196/2003, l'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie era espressamente limitato unicamente al titolare, al responsabile od alla persona designata.

Tuttavia, in seguito alla formulazione di rilievi sul punto da parte del Garante per la protezione dei dati personali, che opportunamente osservava come la previsione del titolare e del responsabile del trattamento, nonché del soggetto designato quali unici soggetti attivi del reato fosse di dubbia opportunità in ragione della mancata considerazione di altri soggetti astrattamente in grado di operare sui dati oggetto di trattamento, veniva previsto un ampliamento della platea dei soggetti attivi, configurando la fattispecie quale reato comune.

Le modalità di realizzazione della condotta tipizzate dal legislatore sono quelle di comunicazione o diffusione di un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala in assenza del necessario consenso, ovvero in violazione della disciplina sul trattamento di dati, sensibili e non, per fini di pubblico interesse o nell'esercizio di pubblici poteri ovvero di quella sul trattamento dei dati giudiziari per fini di profitto proprio o altrui.

Questa fattispecie si perfeziona, dunque, unicamente laddove i dati comunicati o diffusi fossero custoditi in un archivio automatizzato e oggetto di trattamento su larga scala.

Va precisato che il testo originario del decreto prevedeva l'applicabilità della norma alle sole comunicazioni o diffusioni illecite e per fini di profitto, di dati personali relativi a un rilevante numero di persone.

Nonostante il Governo, nella propria relazione illustrativa dello schema di decreto avesse chiarito che tale locuzione si conformasse ad altre già utilizzate dal legislatore penale, l'utilizzo della formula linguistica «rilevante numero di persone» veniva, tuttavia, tacciato da più parti di essere in parziale contrasto con il principio di determinatezza della norma incriminatrice, permanendo ampi margini di discrezionalità in ordine alla sussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie.

Per vero, vi sono una pluralità di fattispecie, nel nostro ordinamento, che utilizzano formule assai simili – e dai confini assai vaghi – quale quella ipotizzata dal legislatore per la disposizione in esame.

Basti pensare all'art. 80, comma 2, D.P.R. n. 309/1990, che fa riferimento all'ingente quantità di stupefacenti detenuta per configurare una specifica circostanza aggravante.

È, stato, comunque osservato come siffatto parallelismo sia scarsamente spendibile in ragione del fatto che, da un lato nel caso di cui all'art. 167-*bis* non è possibile far ricorso ad indici “ponderali” e strettamente “quantitativi” simili a quelli utilizzabili nel caso dell'art.80 e, dall'altro, come sia ben più improprio l'utilizzo di una clausola così indefinita in relazione a un elemento costitutivo del reato piuttosto che con riferimento ad una mera circostanza aggravante²⁷⁰.

Ad avviso dello scrivente, una simile osservazione appare di dubbio pregio – pur essendo apprezzabile la volontà di conferire maggiore determinatezza alla formulazione legislativa – specie se si va a guardare a quella che poi, in definitiva, è stata la soluzione adottata dal legislatore per superare le sopra esposte osservazioni critiche.

D'altra parte, sussistono nel nostro ordinamento altresì fattispecie incriminatrici che prevedono – proprio quale elemento costitutivo – la “rilevante quantità” (si pensi al reato di manovre speculative su merci di cui all'art. 501-*bis* c.p., in cui elemento costitutivo di fattispecie sono le “rilevanti quantità” di merci sottratte all'utilizzazione o al consumo in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno).

Ad ogni modo, appare, condivisibile quanto osservato sul punto dal Garante europeo per la protezione dei dati personali che, in sede di audizione sullo schema di decreto, aveva chiarito come sarebbe stato più opportuno far riferimento al solo criterio qualitativo del dato personale – sensibile e giudiziario – e non anche ad un criterio quantitativo, così da limitare la penale rilevanza alle sole condotte di diffusione dei dati personali sensibili e giudiziari a prescindere dalla presenza di un rilevante numero di soggetti.

In ragione di tali osservazioni critiche, in sede di approvazione definitiva del decreto si rimuoveva il riferimento al rilevante numero di persone alle quali i dati illecitamente comunicati o diffusi siano riferibili con quello dell'essere i dati stessi oggetto di «trattamento su larga scala».

²⁷⁰ F. RESTA, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1093.

Va osservato che, pur avendo il legislatore utilizzato una locuzione già utilizzata nel – in quanto rilevante ai fini dell’obbligo di procedere ad una DPIA, ovvero alla nomina di un DPO – probabilmente sarebbe stato più opportuno cogliere il sollecito del Garante europeo all’abbandono di locuzioni facenti riferimento ad elementi “quantitativi” e non anche afferenti alle “qualità” del dato comunicato o diffuso.

Infatti, anche l’utilizzo di locuzioni già proprie della sistematica del Regolamento rischia di non soddisfare pienamente le imprescindibili esigenze di determinatezza e precisione della norma incriminatrice.

È, infatti, innegabile che il concetto di «trattamento su larga scala» non appare sufficientemente tassativo, sebbene possa certo beneficiare delle precisazioni che saranno rese in sede di applicazione delle norme del Regolamento che recano analoga locuzione.

4.3.3. Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala

Altra disposizione di nuova introduzione è quella di cui all’art. 167-ter, che prevede una autonoma fattispecie delittuosa integrata dall’acquisizione, realizzata con mezzi fraudolenti, di un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali, oggetto di trattamento su larga scala e sorretta dal dolo di profitto proprio o altrui ovvero di danno.

La norma incriminatrice in esame presenta una clausola di sussidiarietà rispetto a possibili più gravi reati e prevede una fattispecie di reato comune, diversamente rispetto a quanto previsto nella versione originaria della bozza di decreto, ove era previsto un reato proprio del titolare, del responsabile o dell’incaricato al trattamento.

Anche in tal caso, la formulazione originaria della norma prevedeva l’applicabilità alle sole acquisizioni fraudolente di dati personali relativi a un rilevante numero di persone.

Per le medesime considerazioni sopra esposte in relazione alla fattispecie di cui all’art. 167-bis, tuttavia, il Legislatore ha ritenuto di sostituire il riferimento al rilevante numero di persone alle quali i dati siano riferibili con quello dell’essere i dati stessi oggetto di trattamento su larga scala, lasciando permanere – ad avviso dello scrivente – delle perplessità in merito alla determinatezza di una siffatta formulazione normativa.

4.3.4. Gli artt. 168 e 170 del Codice della privacy

L'art. 168, D.Lgs. n. 196/2003, punisce le condotte di falsità nelle dichiarazioni al Garante rese in un procedimento o nel corso di accertamenti, parallelamente rispetto a quanto previsto dal D.Lgs. n. 51/2018, *supra* analizzato.

Rispetto alla previgente formulazione, viene tuttavia introdotta una nuova figura di reato, punita a titolo di dolo intenzionale di interruzione o dalla turbativa della regolarità di un procedimento innanzi al Garante o degli accertamenti dall'Autorità disposti. Tale peculiare connotazione dell'elemento soggettivo ha, all'evidenza, una finalità selettiva di comportamenti, escludendo la penale rilevanza delle condotte dettate da motivazioni diverse da quelle ostative rispetto alla funzionalità dell'azione del Garante.

Preme rilevare che, se con riferimento alla condotta interruttiva non vi siano particolari questioni interpretative, ben più complessa appare la perimetrazione della condotta volta a turbare la regolarità dell'azione dell'Autorità, dovendosi considerare prevalentemente le condotte volte ad ostacolare gli accertamenti del Garante, sottraendo informazioni o alterando il quadro probatorio, ma anche richieste insistenti al punto da configurare una forma di abuso del diritto²⁷¹.

Quanto poi all'art. 170, va rilevato come lo stesso fosse stato originariamente espunto dall'originario del decreto, per poi essere reintrodotta nella versione definitivamente approvata dalle Camere.

La norma in esame prevede il delitto di inosservanza di provvedimenti del Garante ed ha subito una novella di rilievo ad opera del D.L. n. 139/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 205/2021, che ha mutato profondamente la struttura della fattispecie.

La versione previgente, introdotta dal D.Lgs. n. 101/2018, si conformava del tutto a quella previgente, a sua volta modellata sulla corrispondente della L. n. 675/1996, quale reato di mera condotta, consistente nell'inosservanza di provvedimenti del Garante.

La norma andava, dunque, a sanzionare le sole condotte lesive del solo bene giuridico intermedio e strumentale rispetto a quello finale del diritto alla protezione dei dati personali dei cittadini, mentre la fattispecie novellata ad opera del D.L. 139/2021,

²⁷¹ F. RESTA, *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 1093 ss.

analogamente rispetto a quanto previsto dall'art. 45 del D.Lgs. n. 51/2018, prevede un delitto di danno, perseguibile a querela di parte, con condotta a forma vincolata consistente nella violazione dei provvedimenti del Garante efficaci nei confronti del soggetto attivo.

Ad oggi, dunque, la fattispecie si potrà ritenere integrata solo soltanto nell'ipotesi in cui il "concreto nocumento" causato ad uno o più interessati derivi causalmente dall'inosservanza del provvedimento del Garante applicabile all'autore.

Anche in tal caso, dunque, nonostante il ricorso alla *ictu oculi* fuorviante locuzione "chiunque", la norma configura un reato proprio di colui che, in virtù della posizione rivestita rispetto al trattamento, sia destinatario di un provvedimento del Garante.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, è prevista l'imputazione a titolo di dolo generico, consistente nella consapevolezza del soggetto attivo di aver tenuto una condotta inosservante del provvedimento reso nei propri confronti nonché dell'effetto concretamente pregiudizievole della violazione sugli interessati.

Ad oggi, dunque, v'è – all'evidenza – una più marcata seriazione dei beni giuridici tutelati²⁷², essendo prevista la tutela tanto del bene finale del diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato, quanto del bene intermedio della effettività dei poteri del Garante, espressi attraverso il provvedimento violato.

4.4. La responsabilità penale omissiva degli I.S.P. nelle fattispecie in materia di protezione dei dati personali

Al pari di quanto già effettuato *supra sub* parr. 2 e 3 rispettivamente in materia di diffamazione e delitti in materia di diritto d'autore, si ritiene necessario interrogarsi sui profili di responsabilità omissiva dell'*internet provider* per l'omesso impedimento delle fattispecie in materia di dati personali.

Le questioni problematiche, com'è noto, attengono alla ipotizzabilità di una responsabilità penale a titolo omissivo dell'*internet provider* per l'omesso controllo dell'immissione in rete del materiale illecito, *ex art. 40, comma 2, c.p.*.

La dottrina penalistica sul punto ha osservato che vi sarebbe un limite soggettivo all'ascrizione di una siffatta responsabilità, poiché parrebbe problematico per il gestore

²⁷² A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Giuffrè, 1987, 793 ss.

di rete conoscere previamente il carattere illecito del materiale immesso in rete e, quindi, poterne impedire l'immissione²⁷³.

Ai fini di migliore analisi della tematica si ritiene proficuo analizzare un *leading case* italiano in materia *de qua*, ovvero il caso “*Google c. Vivi Down*”.

In tale procedimento i dirigenti di *Google Italy* venivano imputati per concorso in diffamazione aggravata e per l'illecito trattamento di dati personali, in particolare attinenti alla salute, a scopo di profitto, *ex art. 167 Cod. privacy*²⁷⁴.

Nell'ambito di tale procedimento penale il Tribunale di Milano, con sentenza del 24 febbraio del 2010 ha affermato – per la prima volta in Italia – la responsabilità penale omissiva di un ISP per violazione dell'art. 167 Cod. *privacy*, escludendo, per converso, la responsabilità del gestore di rete, per omesso impedimento dell'evento (*ex art. 40, comma 2, c.p.*), in relazione al delitto di diffamazione²⁷⁵.

Sul punto, si osserva come una siffatta pronuncia sia esemplificativa di come sia estremamente complesso incasellare fattispecie concrete del giorno d'oggi nelle tradizionali categorie giuridiche elaborate in un periodo in cui la tecnologia non era comparabile a quella attuale.

All'esito del giudizio di primo grado il tribunale meneghino ha statuito che pur non sussistendo alcun un “obbligo di controllo” *ex ante* sul contenuto dei dati immessi in rete – un siffatto controllo sarebbe, peraltro, concretamente inesigibile – è possibile ritenere sussistente una responsabilità dell'ISP per omesso impedimento del reato di trattamento illecito dei dati personali, in ragione della violazione degli obblighi di informazione gravanti sull'ISP²⁷⁶.

Tale posizione garanzia troverebbe la propria base normativa nell'art. 13 Cod. *privacy* che richiede il consenso per il trattamento dei dati sensibili all'interessato.

È stato, tuttavia, osservato da accorta dottrina come una simile affermazione non tenga conto del fatto che gli obblighi di informazione siano stati previsti dal Legislatore

²⁷³ A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010.

²⁷⁴ G. SARTOR – V. DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, 645 ss.

²⁷⁵ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 962.

²⁷⁶ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 970.

come operanti nel solo “rapporto duale” tra il titolare dei dati personali e soggetto che da questi li acquisisce, mentre, nel caso di cui al procedimento in esame venivano in rilievo i dati di terzi estranei a quel rapporto duale²⁷⁷.

La pronuncia in parola è stata, infatti, oggetto di forti censure in ragione del fatto che parrebbe – ad avviso di taluni – non ipotizzabile la configurabilità mediante una condotta omissiva della fattispecie di cui all’art. 167 Cod. privacy atteso che la definizione legislativa di “trattamento” (ex art. 4 Cod. privacy) comprenderebbe le sole condotte commissive, sicché l’eventuale estensione del portato della *littera legis* determinerebbe una lesione del principio di legalità.

Peraltro, le condotte menzionate nel citato art. 4 Cod. privacy determinerebbero la qualificabilità della fattispecie ex art. 167 come a forma vincolata, sicché non parrebbe possibile ritenere operante la clausola generale di cui all’art. 40 cpv. c.p..

Da quanto appena affermato dovrebbe inferirsi che non parrebbe ravvisabile alcuna responsabilità dell’ISP né per il mantenimento della disponibilità in rete dei contenuti illeciti né per l’omessa cancellazione degli stessi, in quanto tali condotte si collocherebbero in un momento successivo alla realizzazione del reato.

È stato, peraltro, osservato che l’eventuale concorso dell’ISP nella fase di immissione in rete del materiale illecito si renderebbe necessario accertare la sussistenza del dolo di fattispecie, il che richiederebbe la piena coscienza da parte dello stesso dell’illiceità dei contenuti caricati dal terzo²⁷⁸.

Per parte della dottrina vi sarebbe, invero, una questione più in generale che sarebbe ostativa rispetto alla configurabilità di una posizione di garanzia in capo all’ISP con riferimento alla fattispecie di illecito trattamento di dati personali e sarebbe correlata alla qualificazione dell’elemento del “nocumento” come condizione obiettiva di punibilità “intrinseca”²⁷⁹.

Ciò in quanto la posizione di garanzia dell’ISP sarebbe incentrata sull’obbligo di informazione di terzi circa il rispetto delle prescrizioni normative sul trattamento di dati

²⁷⁷ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell’internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 970.

²⁷⁸ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell’internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 970.

²⁷⁹ *Ult. op. cit.*

sensibili altrui sicché più che innanzi ad un obbligo di impedire l'evento si sarebbe innanzi ad un vero e proprio obbligo di impedire il reato «quasi che il gestore di rete sia un “ufficiale” od “agente di polizia giudiziaria”».

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, il Tribunale di Milano ritiene configurabile sussistente in capo ai gestori della rete il dolo eventuale, in quanto essi avrebbero causato una “voluta disattenzione” nelle politiche societarie sul trattamento dei dati personali, al fine di conseguire un profitto, con conseguente integrazione altresì del dolo specifico.

I giudici di prime cure ritenevano, in specie, che il dolo (eventuale) si sarebbe sostanziato nell'accettazione del rischio da parte dei manager di Google dell'evento – da intendersi in senso naturalistico – che nel sito venisse immesso un video in grado di cagionare un grave danno all'interessato, al quale non era stato chiesto neppure il consenso.

Tale statuizione è stata, tuttavia, come anticipato, oggetto di aspre critiche da parte della dottrina penalistica che ha rilevato che siffatta configurazione del dolo eventuale sia – da un lato – di dubbia compatibilità con il dolo specifico richiesto dalla fattispecie e, dall'altro, difficilmente conciliabile con la fattispecie di reato di cui all'art. 167 che si presenta come di pura condotta e, dunque, priva di un evento in senso naturalistico²⁸⁰.

D'altra parte, è stato evidenziato²⁸¹ come lo stesso estensore della sentenza avesse qualificato il “nocumento” come evento del reato pur essendo corretta – per la dottrina prevalente – una qualificazione del “nocumento” quale condizione obiettiva intrinseca di punibilità.

Prevedibilmente, la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 22 dicembre del 2012, riformava la sentenza di primo grado, assolvendo i manager di Google per il reato di illecito trattamento di dati, in ragione della ritenuta insussistenza di una posizione di garanzia in capo al provider e della mancata attribuzione di poteri impeditivi dell'evento (in senso giuridico) del reato.

La Corte distrettuale ritiene di dover qualificare *Google video* come *host* attivo, in quanto oltre a memorizzare le informazioni degli utenti svolge un'attività “non neutra”,

²⁸⁰ *Ult. op. cit.*

²⁸¹ *Ult. op. cit.*

connotata pure da un possibile finanziamento economico attraverso le inserzioni, e una siffatta qualificazione determinerebbe non sussisterebbe alcun obbligo di controllo preventivo in capo all'ISP, obbligo che sarebbe del tutto inesigibile considerata l'enorme mole di materiale immesso in rete, con conseguente impossibilità di una verifica preventiva e puntuale circa la natura di dati sensibili dei dati oggetto dell'*upload* o la presenza di un consenso del titolare dei dati²⁸².

Peraltro, come osservato dalla succitata dottrina espressasi in relazione alla sentenza di primo grado, non sarebbe possibile contestare in forma omissiva all'ISP il trattamento illecito dei dati trattandosi di una fattispecie di mera condotta, con conseguente inapplicabilità della clausola di cui al capoverso dell'art. 40 c.p.²⁸³.

I giudici del gravame evidenziano, inoltre, che – in ogni caso – non esiste alcuna disposizione legislativa che imponga all'ISP di informare l'utente sull'esistenza ed i contenuti del Codice della privacy, tanto che l'eventuale violazione dell'art. 13 Cod. privacy – ossia l'omessa o inidonea informativa all'interessato – deve essere punita unicamente ai sensi dell'art. 161 Cod. privacy, come sanzione amministrativa, e non anche quale concorso omissivo nell'illecito trattamento.

D'altra parte, ad avviso della Corte d'appello, Google non è in alcun modo titolare dei dati contenuti nei video che memorizza e mette a disposizione degli utenti, risolvendosi l'attività di tale *host provider* nella mera trasmissione e memorizzazione del materiale caricato dagli utenti, senza effettuare un vero e proprio "trattamento" dei dati contenuti nel video, per cui non sussisterebbe alcun obbligo di acquisire il consenso del titolare dei dati grava sull'utente²⁸⁴.

Dall'analisi del quadro normativo – proseguono i giudici – emerge l'insussistenza di un obbligo a carico dell'*host provider* di vigilare sul materiale che si limita a trasmettere e memorizzare, avendo questi il solo il dovere di rimuovere il materiale illecito su richiesta dell'autorità o qualora abbia diretta conoscenza dell'illiceità dei contenuti memorizzati.

282 A. INGRASSIA, *La corte d'appello assolve i manager di google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 4 marzo 2013, su www.archiviodpc.diritto penale uomo.org.

283 A. INGRASSIA, *La corte d'appello assolve i manager di google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 4 marzo 2013, su www.archiviodpc.diritto penale uomo.org.

284 A. INGRASSIA, *La sentenza della cassazione sul caso google*, in *diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2014, su www.archiviodpc.diritto penale uomo.org.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo in sede di gravame è stata censurata la statuizione di primo grado in quanto il ritenuto dolo eventuale sarebbe incompatibile dolo specifico di profitto.

La Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso della Procura Generale⁶⁵, compiva in motivazione una accurata valutazione circa i possibili confini della responsabilità dell'*host provider*²⁸⁵, evidenziando come, da un lato, a norma della disciplina sulla *privacy*, il titolare del trattamento non è chiunque materialmente svolga il trattamento stesso, ma solo il soggetto in grado di determinarne gli scopi, i modi, i mezzi dello stesso, dovendosi, dunque, individuare nel solo *uploader*²⁸⁶

In altri termini, atteso che l'*host provider* non era affatto a conoscenza dell'illiceità del video, non poteva provvedere alla sua tempestiva rimozione se non dopo essere stato avvisato dall'autorità (come in effetti avveniva non appena ricevuta la segnalazione)²⁸⁷.

Per la verità altresì la sentenza della Suprema Corte è stata oggetto di una severa censura da parte della dottrina civilistica²⁸⁸ che ha evidenziato come sia discutibile ritenere correlata la qualifica di titolare del trattamento alla conoscibilità del dato, in quanto da una combinata lettura degli artt. 4 e 29 Cod. *privacy* si evince che deve tenersi in considerazione il mero trattamento del dato medesimo²⁸⁹.

Ne consegue che la Corte non avrebbe tenuto in debita considerazione i due concetti che orientano l'attività del titolare del trattamento, vale a dire la finalità e la realizzazione concreta del trattamento²⁹⁰.

Ad avviso di chi scrive le criticità della sentenza in parola sono svariate.

285 A. INGRASSIA, *La sentenza della cassazione sul caso google*, in *diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2014, su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

286 E. FALLETTI, *Cassazione e Corte di Giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google*, nota a *Cassazione penale*, sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107 (u.p. 17 dicembre 2013), in *Il corriere giuridico*, 6/2014.

287 A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, 8 novembre 2012, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

288 D. CONVERSO, *Google-Vividown: la cassazione cade sulla qualifica di titolare del trattamento*, 12 febbraio 2014, in www.personaedanno.it.

289 E. FALLETTI, *Cassazione e Corte di Giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google*, nota a *Cassazione penale*, sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107 (u.p. 17 dicembre 2013), in *Il corriere giuridico*, 6/2014.

290 A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 975.

Non bisogna, infatti, obliterare che in capo ai *provider*, pur non sussistendo un obbligo di controllo preventivo sui materiali caricati dagli utenti, sussistano altri obblighi di segnalazione alle autorità, previsti da specifiche disposizioni, dei contenuti ritenuti illeciti (ad es. artt. 17, D.Lgs. n. 70/2013, 14-ter, L. n. 269/1998 e 1, comma 6, D.L. n. 72/2004).

Peraltro, appare opinabile quanto affermato dalla Corte in relazione alla pretesa necessità di una comunicazione da un soggetto “qualificato” circa la possibile illiceità dei dati caricati, essendo – per converso – da ritenersi sufficiente una qualsivoglia segnalazione da parte di qualunque soggetto sia in grado di percepire la natura illecita del dato.

In conclusione, al netto delle criticità della sentenza, appare evidente come nell’ottica della giurisprudenza di legittimità non paia potersi ravvisare alcun obbligo di vigilanza e impedimento *ex ante* dell’immissione dei dati illegittimi. In ogni caso, per come si avrà modo di evidenziare più diffusamente *infra sub cap. III*, ad avviso dello scrivente parrebbe possibile ritenere sussistente un dovere di attivazione dell’ISP in caso di una sua presa di coscienza dell’illiceità del dato, essendo, tuttavia, più problematico ritenere che il dovere di rimozione del contenuto sia idoneo a configurare una responsabilità concorsuale omissiva dello stesso.

Capitolo III

QUESTIONI PROBLEMATICHE IN MATERIA DI REATI COMMESSI A MEZZO MEDIA E POSSIBILI SOLUZIONI

1. Questioni problematiche in materia di reati commessi a mezzo *media*

Dalla lettura dei due capitoli che precedono si è avuto modo di comprendere come, in primo luogo, il legislatore d'oggi si trovi costantemente a dover ipotizzare delle novelle normative volte a colmare ogni possibile vuoto di tutela determinato dall'evoluzione tecnologica e dei *media* cui assistiamo in quest'epoca in cui tutto si evolve a velocità esponenziali.

Basti pensare che appena una decina d'anni fa, al *quisque de populo* avrebbe fatto sorridere anche solo l'idea di una "intelligenza artificiale" e, invece, al giorno d'oggi siamo circondati da assistenti virtuali – fra cui *Siri*, *Alexa*, *Google Home* e l'innovativa *chat GPT* – le cui capacità incrementano giorno dopo giorno.

Ne consegue che sovente può accadere che i consociati si avvalgano di tali nuovi precipitati tecnologici per commettere delle condotte lesive di beni giuridici tutelati dall'ordinamento.

Si pensi, in via esemplificativa, ad eventuali immagini realizzate da un'intelligenza artificiale in violazione del diritto d'autore e, successivamente, diffuse su un *social network*.

Si è avuto modo di intendere come svariate siano le motivazioni per cui si rende necessario l'intervento del legislatore: talvolta occorre prevenire l'applicazione analogica delle fattispecie già esistenti che, sovente vengono – in aperta violazione dei principi di tipicità e tassatività – estese dagli interpreti ad fattispecie concrete difficilmente sussumibili nel paradigma punitivo delle stesse; in altri casi – non essendo in alcun modo possibile ipotizzare l'applicazione estensiva di talune norme incriminatrici che, in ossequio al principio di frammentarietà, sono chiamate a sanzionare delle condotte puntualmente descritte e non suscettibili di letture fantasiose ad opera degli esegeti – l'intervento del Legislatore occorre per colmare dei vuoti di tutela dovuti alla radicale "novità" delle condotte lesive di beni giuridici rilevanti; talvolta occorre, invece, prevedere l'introduzione di fattispecie *ad hoc* o di circostanze aggravanti per commisurare, secondo il principio di proporzionalità, le pene – già previste – dall'ordinamento per determinate condotte al maggior disvalore di determinate "modalità innovative" di commissione del reato che attraverso i nuovi mezzi di comunicazione possono avere un effetto maggiormente lesivo del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici già previste dall'ordinamento.

In secondo luogo, è emerso che l'attività legislativa afferente alle fattispecie connotate dall'utilizzo dei nuovi media o, in generale, di strumenti tecnologici appare assai complessa in ragione degli elementi descrittivi di natura estremamente tecnica che devono essere utilizzati nell'approntamento delle norme incriminatrici.

In via esemplificativa, nella disamina – all'interno del II capitolo – delle fattispecie di reato in materia di diritto d'autore, è parso chiaro come possa essere oltremodo complesso comprendere quale sia la concreta portata di taluni lemmi – descrittivi della condotta – il cui significato è solo all'apparenza chiaro e univoco, dovendosi, invero in concreto interpretarne l'ampiezza (si pensi al termine “*immissione*”).

Ne consegue che, oltre a dover costantemente monitorare il panorama normativo per verificare la necessità di eventuali novelle, il Legislatore dovrà altresì approfondire le proprie energie nella ricerca di lemmi quanto più appropriati per ciascuna norma incriminatrice.

Altro *leit motiv* ricorrente nei capitoli che precedono attiene alla problematica della possibilità di ritenere sussistente – o meno – una responsabilità omissiva del *provider* il quale non impedisca la commissione o la protrazione di condotte criminose commesse dagli utenti.

Tale questione assume un rilievo primario in quanto appare evidente – da un lato – non poter lasciare impunte le eventuali condotte tipiche poste in essere, a titolo di concorso eventuale nell'altrui delitto, dai *provider* e – dall'altro – quanto, tuttavia, sia estremamente complesso accertare l'effettiva consapevolezza dell'ISP del verificarsi dell'altrui condotta illecita.

Queste sono, dunque, le maggiori questioni di rilievo che investono trasversalmente tutte le fattispecie correlate all'utilizzo dei nuovi media e che saranno oggetto di analisi, con finalità accademiche, nel presente capitolo.

2. Chiose sui profili critici dell'attività legislativa in materia di diritto di *internet* e dei *multimedia*

È sotto gli occhi di tutti come il linguaggio del legislatore muti nel corso del tempo, come ogni altro linguaggio settoriale e come, d'altra parte, muta la società.

Nel corso degli ultimi decenni, in via esemplificativa, abbiamo assistito alla nascita di nuovi registri linguistici, ai quali il legislatore ha fatto ricorso tanto per disciplinare i nuovi fenomeni sociali quanto per imporre nuovi modelli culturali.

I singoli lemmi utilizzati nel diritto positivo riflettono, infatti, «la nostra società storicizzata e al contempo i segni delle trasformazioni sociali accolte e legittimate (o respinte) dai decisori pubblici»¹.

Lo studio linguistico da parte del Legislatore dovrebbe avere, per certo, ad oggetto metodi e tecniche² per il miglioramento della qualità della produzione normativa e, specie in materia penale, dovrebbero essere volti a garantire la massima chiarezza e determinatezza delle disposizioni.

L'obiettivo dei paragrafi che seguono – nello spirito interdisciplinare del dottorato nell'ambito del quale la presente ricerca è stata sviluppata – è quello di individuare le maggiori problematiche correlate alla tecnica normativa utilizzata per le fattispecie in materia di *media* e di indicare, laddove possibile, qualche possibile correttivo.

2.1. Il lessico proprio della legislazione penale

Il registro linguistico proprio del diritto penale, come tutte le lingue giuridiche ha natura specialistica e si innesta sulla lingua comune, con la quale ha, inevitabilmente, molteplici e complesse interazioni³.

¹ M. PIETRANGELO, *Gli usi linguistici del legislatore statale nella produzione normativa recente: prime considerazioni*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

² A. PREDIERI, *Problemi concernenti le tecniche di redazione dei provvedimenti legislativi*, Firenze, Regione Toscana, 1975; S. BARTOLE (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Cedam, 1988; R. PAGANO, M. AINIS, *Indicazioni bibliografiche sul drafting legislativo*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Cedam, 1990, 803 ss.; V. FROSINI, voce *Tecniche giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, 38 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; R. PAGANO (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, Roma, Camera dei Deputati, 1997; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, 2004; M. AINIS, *La legge oscura: come e perché non funziona*, Laterza, 1997; P. COSTANZO, *Tecniche normative e tutela dei diritti fondamentali*, in A. RUGGERI, *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2007, 15 ss.; M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, M. MARTELLI, *La qualità delle regole*, Il Mulino, 2011; P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento: strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Jovene, 2011; R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, 2013; M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Editoriale scientifica, 2014.

³ C. DE MAGLIE, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *DisCrimen, Criminalia – Annuario di scienze penalistiche 2023*.

Ne consegue la sussistenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra i due linguaggi, sicché il linguaggio penalistico è un linguaggio tecnico distinto ma non separato da quello comune⁴.

Tale innegabile natura specialistica del linguaggio utilizzato in materia penale comporta, da un lato, dei vantaggi ma dall'altro delle evidenti problematiche.

Il principale pregio del linguaggio penalistico attiene all'attitudine dello stesso a connotare la norma di una certa "precisione", imprescindibile per una quanto più opportuna perimetrazione delle responsabilità penali.

I tecnicismi utilizzati tendono, infatti, ad essere caratterizzati dalla «monoreferenzialità»⁵ in quanto i lemmi sono dotati di un significato specifico, spesso univoco, che deriva da un "processo di definizione convenzionale esplicito"⁶.

L'evidente pecca dell'utilizzo di un linguaggio sì in materia penale, nelle sue varie declinazioni (lingua del Legislatore, della giurisprudenza, dei pratici, degli accademici) attiene alla scarsa intellegibilità dello stesso per il *quisque de populo*⁷.

In merito alle ragioni dell'utilizzo di un simile registro linguistico si sono a lungo interrogati i linguisti studiosi della materia *de qua*.

Una prima ipotesi rinviene le ragioni dell'utilizzo di tale linguaggio tecnico in «una cronica ed insuperabile pigrizia, che affliggerebbe tutti e indistintamente gli esponenti della classe dei giuristi»⁸.

Secondo un'altra interpretazione si ritiene sussistente un certo "narcisismo culturale" dei penalisti, i quali sarebbero avvezzi ad utilizzare un gergo selettivo allo scopo di essere gli unici in grado di porre in essere un'attività ermeneutica delle norme della propria materia.

⁴ C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105 ss.

⁵ M. BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa Press, 2014, 208 ss.

⁶ *Ult. op. cit.*

⁷ C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018. Sul punto, F. CORDERO, *Stilus Curiae*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 33, ebbe ad affermare che la lingua penalistica è connotata da un "Lessico opaco, gergale, criptico, elusivo, e sintassi tortuosa. Persino i lettori esperti ogni tanto faticano capire. Spira ipnosi degli stereotipi: parole, sintagmi, frasi, interi discorsi, passano tali e quali in mille testi; l'asfissiante mimetismo esclude ogni parola viva. Quasi una scrittura automatica, alimentata dal ciclo sonnolento delle "massime", dove astrazioni a maglie larghe sorvolano su qualità nient'affatto inutili alla diagnosi giuridica; alcune non corrispondono al clou deciso; e tali distonie riproducono i vecchi arcaismi. Povero lo scandaglio nomenclatorio, deboli trame sintattiche: ai due difetti supplisce l'enfasi; quanto meno dicono, tanto più declamano. ..."

⁸ C. DE MAGLIE, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *DisCrimen*, *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche 2023*.

Infine, v'è una ulteriore interpretazione per cui il precipuo obiettivo dell'uso di un siffatto linguaggio in materia penale sarebbe quello dell'esercizio del potere, consistente nel fatto che chi occupa posizioni di vantaggio avrebbe tutto l'interesse a non farsi capire fino in fondo onde non permettere che il proprio potere sia messo in discussione⁹.

Va, tuttavia, osservato che, essendo il diritto penale “il braccio armato dello Stato”, per legittimarsi deve necessariamente essere compreso dai consociati, non potendo in alcun modo perdere il contatto con la società¹⁰.

Sul punto, la Consulta ha reso indicazioni inequivocabili laddove ha affermato la sussistenza nel nostro ordinamento del principio di riconoscibilità dei contenuti della norma penale, stigmatizzando conseguentemente la formulazione del tutto oscura di talune normative penalistiche¹¹.

La chiarezza della formulazione normativa rappresenta, infatti, una imprescindibile garanzia di democrazia, sicché la trasparenza e l'accessibilità del linguaggio penalistico sono un presupposto irrinunciabile al fine di un compiuto rispetto, da un lato del principio di uguaglianza¹² e dall'altro del principio di colpevolezza, non potendovi essere alcuna responsabilità penale in assenza di una effettiva comprensione da parte del consociato del portato della norma incriminatrice eventualmente violata dallo stesso.

Conclusivamente, appare evidente da un lato la sussistenza di un legame tra il lessico utilizzato in materia penale ed il principio di effettività ma sotto altro profilo, appare del tutto imprescindibile l'utilizzo di un linguaggio penalistico tecnico ai fini di una chiara e corretta interpretazione della portata applicativa delle norme incriminatrici.

Infatti, come si avrà modo di evidenziare *infra*, per quel che di interesse ai fini della presente ricerca, appare evidente che l'utilizzo di un lessico tecnico è uno degli strumenti imprescindibili onde evitare indebite applicazioni analogiche *in malam partem* delle fattispecie previste dal legislatore.

⁹ In tal senso si veda M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010, 113.

¹⁰ C. DE MAGLIE, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *DisCrimen*, Criminalia – *Annuario di scienze penalistiche 2023*.

¹¹ *Ut amplius* in C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105 ss.

¹² N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Zanichelli, 2020, 85 ss.

2.2 L'importanza dell'utilizzo di un lessico tecnico nell'attività normativa relativa ai reati commessi a mezzo media

Nel paragrafo che precede è parso, senz'altro chiaro quanto sia difficile contemperare le esigenze di chiarezza e comprensibilità dei testi normativi con il necessario carattere tecnico-specialistico dei tipi testuali propri del dominio giuridico¹³.

Per quel che è di interesse ai fini della presente trattazione, va rilevato come la certezza del diritto, specie in materia penale, sia posta fortemente a rischio dalla ingente e disomogenea quantità di diritto positivo oggi esistente, con conseguente difficoltà per il Legislatore di presidiare i testi anche sotto il profilo linguistico-lessicale¹⁴.

Il Legislatore, soprattutto con riferimento alla normativa in materia di reati commessi a mezzo *media*, si trova nella condizione di dover tentare di stare al passo «con una realtà sempre più complessa, ove si moltiplicano i linguaggi specialistici e gergali, che il legislatore cerca affannosamente di assorbire, con una vitalità che cerca di rimanere abbrancata alle novità che si registrano in tutti i campi»¹⁵.

La qualità linguistica dei testi normativi tanto sotto il profilo sintattico quanto sotto il profilo lessicale risulta, infatti, dirimente a fini interpretativi e applicativi delle fattispecie incriminatrici, sicché si rende imprescindibile un'approfondita analisi circa le insidie correlate alle improprie formulazioni legislative in materia *de qua*.

Senza ripercorrere *funditus* le osservazioni già rese nel corso del II capitolo in relazione a svariate fattispecie di reato, basti evidenziare – nuovamente – come una imprecisa formulazione legislativa sia stata sovente foriera di incertezze applicative circa la rilevanza penale di talune condotte.

¹³ J-L. EGGER, *A norma di (chi) legge. Peculiarità dell'italiano federale*, Milano, 2019, 2, scrive di una “identità oscillante” del testo normativo, la quale cioè oscilla tra due esigenze opposte, quella di essere compresa dall'intera comunità da essa regolata e quella di mantenere la propria specialità e tecnicità

¹⁴ E. PIEMONTESE, *La semplificazione del linguaggio amministrativo e lo scoglio della mancata semplificazione del linguaggio legislativo. Aspetti linguistici e aspetti politici*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012, 157 ss.

¹⁵ V. DI PORTO, *La lingua delle leggi in età repubblicana*. Relazione al Convegno “Il lessico delle istituzioni. Evoluzione del linguaggio delle istituzioni pubbliche, della politica e dell'amministrazione nella storia dell'Italia unita, Università degli studi della Tuscia, Viterbo, 27-28 settembre 2019, citato da C. DE MAGLIE, *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *DisCrimen, Criminalia – Annuario di scienze penalistiche 2023*.

Giova, ai fini di una migliore comprensione dell'importanza dell'utilizzo quanto più tecnico e puntuale, riportare una questione di primario rilievo afferente alla formulazione di una fattispecie penale analizzata *supra sub cap. II*.

In via esemplificativa, con riferimento alla condotta di duplicazione abusiva di *software*, si è resa necessaria una seria attività interpretativa da parte della giurisprudenza di legittimità¹⁶ in relazione alla portata della condotta di «duplicazione».

Ciò in quanto il Legislatore tanto all'art. 13 della legge sul diritto d'autore quanto agli artt. 171, 171-*ter* avrebbe espressamente menzionato espressamente la “duplicazione” e la “riproduzione”, in quanto riferiti a “concetti in parte differenti”¹⁷.

Sicché ci si è dovuti interrogare su un punto nodale – e assai tecnico – relativo alla possibilità di attribuire una natura creativa al codice sorgente del *software*, quale manifestazione dell'idea, anche qualora lo sforzo creativo addizionale del duplicatore sia minimo.

Solo mediante una complessa attività di interpretazione sistematica delle norme facenti riferimento alla “riproduzione” è potuto intendere che essa costituirebbe la condotta di genere, il cui significato è più ampio rispetto a quella di duplicazione, che si risolverebbe nella produzione di più copie di un unico originale perfettamente identiche fra loro quanto a contenuto e a caratteristiche¹⁸.

In particolare, *prima facie* potrebbe sembrare opportuno affermarsi che l'attività di riproduzione debba ritenersi comprensiva altresì della moltiplicazione in copia del programma per elaboratore, ossia la duplicazione, essendovi tra i due concetti un rapporto di *genus ad speciem*.

Tuttavia, come anticipato nel capitolo che precede, non erra la Cassazione nel sottolineare che nella redazione delle singole fattispecie incriminatrici il nostro Legislatore non parrebbe aver affetto inteso utilizzare i termini “duplicazione” e “riproduzione” come sinonimi o espressivi dello stesso significato, altrimenti non avrebbe inserito nello stesso periodo di una stessa lettera di una norma entrambe le condotte.

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 24.4.2002, n. 15509, in *Foro it.*, I, 2002, 337 ss.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. III, 24 aprile 2002, n. 15509.

¹⁸ D. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Giappichelli, 2003.

Sicché, conclusivamente, parrebbe che il Legislatore, nella norma di cui all'art. 171-*bis* abbia ritenuto opportuno delimitare la rilevanza penale delle attività di “riproduzione” a quella di “duplicazione” del programma per elaboratore, essendo, peraltro, assente la locuzione “in tutto o in parte”, che avrebbe potuto far ipotizzare una rilevanza penale della moltiplicazione in copia di una porzione del software o di una sua componente logica¹⁹.

L'esempio appena riportato è archetipico dell'importanza di ogni singolo lemma utilizzato dal legislatore per la formulazione delle fattispecie.

Nel caso di specie si è resa necessaria una tortuosa attività ermeneutica imprescindibile per comprendere l'effettiva portata applicativa della fattispecie di cui all'art. 171-*bis*.

Appare, dunque, del tutto evidente come l'attività legislativa dovrebbe essere estremamente accorta, dovendosi utilizzare dei vocaboli aventi un significato univoco, così da aiutare l'interprete nella esegesi della norma.

Infatti, ogni singolo termine utilizzato – specie se volto a descrivere la condotta penalmente rilevante o un qualunque elemento essenziale della fattispecie – gioca un ruolo assai rilevante nel perimetrare l'area della responsabilità penale.

È chiaro che non è possibile con l'elaborato in parola fornire una “soluzione definitiva” per le problematiche sopra riportate. Si è, tuttavia, ritenuto imprescindibile approfondire la tematica *de qua* onde porre l'accento sull'importanza di una quanto più “consapevole” attività di redazione delle norme in materia di reati commessi a mezzo *media*.

Appare sin d'ora evidente che, in ogni caso, pur laddove il Legislatore dovesse approfondire tutti i suoi sforzi nella individuazione dei termini più opportuni, potrebbero permanere delle difficoltà interpretative e, dunque, potrebbe rendersi necessario per il legislatore intervenire in altro modo, prevedendo, in via esemplificativa, *ut amplius infra*, delle norme definitorie, volte a chiarire – mediante un'interpretazione autentica – l'effettiva portata applicativa delle fattispecie incriminatrici.

¹⁹ Tale locuzione, infatti, è stata utilizzata in altre norme penali, come nel citato art. 174-ter l.d.a. e in quelle relative alla comunicazione al pubblico, “immettendola in un sistema di reti telematiche”, di un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, “o parte di essa”, ex artt. 171, comma 1, lett. a-bis) e 171, comma 2, lett. a-bis).

2.3. L'importanza di un apparato di norme definitorie

Da quanto sin qui appena argomentato emerge, da un lato, quanto sia imprescindibile che il legislatore profonda i propri sforzi nella ricerca di un lessico quanto più tecnico e dettagliato al fine di chiarire l'effettivo perimetro applicativo delle fattispecie e, dall'altro, come nonostante tali sforzi possa doversi rendere necessario un ulteriore strumento volto a fugare eventuali dubbi interpretativi.

Lo scrivente ritiene che una possibile soluzione alle incertezze interpretative potrebbe consistere nella previsione di norme definitorie, esplicative dei concetti che possano creare le maggiori incertezze interpretative.

Le stesse sono norme ben differenti rispetto alle norme incriminatrici, che prevedono una condotta illecita e un effetto punitivo, avendo funzione meramente integratrice ed interpretativa, ponendosi, dunque, come norme di secondo grado.

Occorre, preliminarmente, effettuare una dicotomizzazione tra le norme definitorie di tipo equiparatorio e quelle di tipo interpretativo.

Le prime hanno la funzione di estendere il significato di determinati termini anche oltre la massima latitudine del loro significato letterale, mentre le seconde hanno la funzione di essere d'ausilio per l'interprete, attribuendo un significato indubbio e ufficiale a taluni lemmi o locuzioni, rilevanti per una serie di fattispecie penali.

Le norme definitorie, dunque, siano esse equiparatorie o interpretative, hanno, dunque, una duplice natura, essendo le stesse tanto di parte generale – costituendo concetti aventi per l'intero ordinamento penale – tendenzialmente – valore generale, quanto di parte speciale, essendo solitamente riferibili a gruppi circoscritti di fattispecie, come potrebbe ipotizzarsi ai fini del presente elaborato, prevedendo delle norme definitorie relative alle sole fattispecie commesse a mezzo *media*.

Ad ogni buon conto, si riterrebbe opportuno che tale attività di definizione ad opera del legislatore dovrebbe essere connotata da una certa logica al livello sistematico.

Tale precisazione è d'obbligo in quanto nel nostro ordinamento rinveniamo delle norme definitorie – si pensi alla nozione di «prossimi congiunti», rilevante per qualsivoglia norma penale, ma delineata dall'art. 307, comma 4 c.p. («Assistenza ai

partecipi di cospirazione o di banda armata”) – collocate in maniera apparentemente inopportuna sotto il profilo sistematico.

In via esemplificativa, potrebbe ipotizzarsi la collocazione di un’appendice di norme definitorie nelle future normative disciplinanti la materia delle responsabilità dei *providers* (si pensi al Decreto legislativo di recepimento della Direttiva UE sul commercio elettronico) o, in alternativa, all’inserimento delle stesse all’interno dei testi normativi disciplinanti le fattispecie di reato maggiormente commesse a mezzo *media* (quali la legge sul diritto d’autore, la normativa in materia di *privacy* e via discorrendo).

Tali norme potrebbero avere un effetto assai rilevante sulla concreta applicazione delle norme incriminatrici, in quanto permetterebbero di fuggire – mediante un’interpretazione autentica da parte del Legislatore – ogni possibile incertezza.

3. Questioni problematiche in materia di responsabilità omissive degli I.S.P.

Nel capitolo che precede si è avuto modo di comprendere che una delle maggiori questioni problematiche – di rilievo tanto sotto un profilo di speculazione prettamente accademica quanto ai fini di una corretta applicazione concreta delle fattispecie commesse a mezzo *media* – è quella afferente ai profili di responsabilità omissiva degli *internet service provider*.

Se, infatti, è del tutto pacifico che gli stessi possano rispondere per le eventuali condotte commissive integranti le fattispecie poste a tutela dell’onore, della proprietà intellettuale e dei dati personali, per converso appare assai più complessa l’ascrizione di una responsabilità penale di carattere omissivo a norma del capoverso dell’art. 40 del codice penale.

Emergono, infatti, una pluralità di questioni di non facile risoluzione correlate all’accertamento della sussistenza di tutti gli elementi necessari all’ascrizione di una responsabilità per le fattispecie omissive improprie.

Ai fini della contestazione di un reato commissivo mediante omissione è, d’altra parte, necessario che sussistano una pluralità di *conditiones sine qua non*.

Gli *essentialia* del reato omissivo improprio sono, in specie, la sussistenza di una situazione tipica di pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma

incriminatrice che può essere fronteggiata tenendo una condotta attiva atta a prevenire l'evento del reato; la posizione in essere di una condotta omissiva da parte del soggetto onerato di una posizione di garanzia; l'effettivo verificarsi dell'evento del reato che si aveva l'obbligo giuridico di impedire; l'accertamento del nesso eziologico tra condotta omissiva e verificarsi dell'evento; la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto rimasto inerte.

Appare sin da subito chiaro che le questioni problematiche di maggior rilievo in relazione alle fattispecie sin qui analizzate attengano all'accertamento del nesso eziologico tra condotta omissiva ed evento e – questione logicamente poziore – alla sussistenza (o meno) di una posizione di garanzia in capo al *provider*.

3.1. Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia: il punto di vista della dottrina

Partendo dalla seconda delle questioni problematiche citate, preme sottolineare che l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza escluderebbe la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *provider*, in quanto la stessa parrebbe in contrasto con il principio "*ultra posse nemo obligatur*"²⁰.

Peraltro, come anticipato nei capitoli che precedono, ad avviso della dottrina²¹, l'assenza di una norma analoga all'art. 57 c.p. che preveda una responsabilità *per omissionem* dell'I.S.P., farebbe sì che un'eventuale contestazione di tipo omissivo (a titolo sostanzialmente colposo) determinerebbe una manifesta lesione del principio di stretta legalità *sub species* di divieto di analogia *in malam partem*, considerate peraltro le differenze strutturali tra stampa e rete.

²⁰ A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 783. *Contra*, L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e processo*, 3, 1999, 379 ss., secondo il quale una responsabilità da omesso impedimento degli effetti di un reato altrui (ex art. 40, comma 2, c.p.) sarebbe configurabile nelle ipotesi previste dalla legge, (es: artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, e 17 comma 3, D.Lgs. n. 70/2003), in cui graverebbe sul *provider* un dovere di intervenire su richiesta dell'autorità, o qualora abbia diretta conoscenza dell'illiceità dei contenuti memorizzati, per rimuovere o inibire l'accesso ai contenuti illeciti; L. PICOTTI., *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 4, 1999, 501 ss. Sulla contrarietà al principio "*ultra posse nemo obligatur*", v. nella dottrina tedesca, SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer – Le nuove sfide di internet*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 743 ss.

²¹ A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010.

Una simile responsabilità si porrebbe, peraltro, in contrasto con la Dir. 2000/31/CE, attuata dal D.Lgs. n. 70/2003 che, all'art. 16, stabilisce che «nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, a condizione che: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; b) non appena a conoscenza di tali atti, su comunicazione delle autorità competenti agisca egli stesso per rimuovere o disabilitarne l'accesso».

In ragione di tali osservazioni critiche della dottrina, lo scrivente ritiene possibile impernare la responsabilità omissiva impropria del *provider* non tanto sulla sussistenza di una posizione di garanzia sostanziandosi in un obbligo di impedimento dell'immissione del dato illecito quanto piuttosto nell'obbligo di attivarsi (mediante una segnalazione all'autorità o mediante la rimozione postuma del contenuto), laddove prenda contezza dell'illiceità della condotta del terzo.

Come anticipato *supra* nel paragrafo relativo alla responsabilità omissiva dell'ISP in relazione al delitto di diffamazione, per ascrivere una responsabilità *per omissionem* in concorso con il fatto commissivo del terzo all'ISP, si rende, tuttavia, necessario che la fattispecie commessa dal terzo possa essere qualificata come permanente.

Laddove, infatti, si trattasse di un reato istantaneo, la condotta di omessa rimozione del contenuto da parte dell'ISP si presenterebbe come una condotta eziologicamente irrilevante per il verificarsi dell'evento del reato e, dunque, inidonea a determinarne una responsabilità penale.

Tuttavia, considerando – come ritenuto *supra sub cap. II* dallo scrivente, pur in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza prevalente, con riferimento al delitto di diffamazione – l'illecito che avviene su *internet* come illecito permanente (in quanto connotato dalla permanente ritrasmissione del dato, senza la possibilità del danneggiato di impedirla²²) sembrerebbe ben possibile ascrivere all'ISP una responsabilità concorsuale omissiva nella protrazione del reato dal momento in cui venga a conoscenza che attraverso il suo server si sta realizzando un illecito (mediante rimozione o blocco dell'accesso al messaggio)²³.

²² F. BUFFA, *Responsabilità del gestore di sito Internet*, su www.questionegiustizia.it.

²³ F. BUFFA, *Responsabilità del gestore di sito Internet*, su www.questionegiustizia.it.

In questi termini parrebbe, infatti, ben possibile ipotizzare una responsabilità a titolo di concorso omissivo dell'I.S.P.

In ogni caso, appare evidente come non sia – ancora – stata fatta chiarezza su quale sarebbe la fonte (la “legge”, il “contratto” o la precedente “attività pericolosa”?) dell’obbligo di impedimento determinante l’insorgenza di una posizione di garanzia in capo all’ISP²⁴.

Per vero, ad avviso di parte della dottrina²⁵, non parrebbe individuabile una fonte *de iure condito* di un simile obbligo di impedimento in quanto, il “contratto” o la “precedente attività pericolosa” non sembrano far sorgere in capo al provider specifici obblighi di impedimento degli effetti dell’altrui reato, atteso che il contratto è diretto ad escludere qualsiasi responsabilità del provider per i contenuti inseriti dagli utenti e che la precedente attività pericolosa non può essere considerata quella svolta dal gestore del sito che, per converso andrebbe letta come espressione della libertà di manifestazione del pensiero (ex art. 21 Cost.)²⁶.

Quanto, poi, alla “legge”, la disciplina del commercio elettronico (artt. 16 e 17, D.Lgs. n. 70/2003), ad avviso della maggior dottrina, non prevederebbe ipotesi che contemplino un obbligo di impedire gli effetti del reato.

Infatti, tanto la disciplina comunitaria di cui alla Dir. 2000/31/CE quanto quella italiana di recepimento della stessa, ai fini della responsabilità penale del *provider* imporrebbero l’accertamento della conoscenza dell’illiceità del dato e la sussistenza di una richiesta dell’autorità competente di rimozione del dato²⁷.

Vi sarebbe, infatti, a carico del *provider*, un mero obbligo di *notice*, ossia di informazione dell’autorità competente del carattere illecito del contenuto del servizio ospitato e, conseguentemente, un obbligo di *take down*, ossia di rimozione del dato su richiesta dell’autorità competente²⁸.

²⁴ CARBONE, Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione, in Cass. pen., 7-8, 2017, 2786,

²⁵ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell’internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 978.

²⁶ CARBONE, Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione, in Cass. pen., 7-8, 2017.

²⁷ F. BUFFA, *Responsabilità del gestore di sito Internet*, su www.questionegiustizia.it.

²⁸ F. BUFFA, *Responsabilità del gestore di sito Internet*, su www.questionegiustizia.it.

Peraltro, osserva la medesima dottrina, per fondare una responsabilità penale dell'ISP sarebbe necessario accertare – sotto il profilo dell'elemento soggettivo – l'intensità del dolo, dovendosi rifuggire ogni forma di *dolus in re ipsa*. D'altra parte, l'elemento soggettivo, della conoscenza dell'illiceità del dato altrui è il presupposto per l'insorgenza tanto dell'obbligo di *notice* quanto dell'obbligo di *take down*, derivante dalla richiesta di rimozione dell'autorità competente.

Sotto tale profilo è stato osservato che non sarebbe affatto chiaro se per l'integrazione di un concorso omissivo dell'ISP nel reato commesso dall'utente di debba accertare in giudizio la mera consapevolezza dell'illecito altrui o, per converso, la sussistenza di una consapevolezza “qualificata” dall'intervento di un'autorità pubblica²⁹.

Autorevole dottrina ha, peraltro, affermato che parrebbe preferibile ritenere necessaria la sussistenza di una conoscenza “qualificata” dell'ISP, «in quanto espressione di una maggiore intensità dell'elemento soggettivo, laddove, invece, una conoscenza “semplice” sarebbe indice di un'intensità del dolo soltanto potenziale, in contrasto, peraltro, con la ratio della citata disciplina sul commercio elettronico volta a promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione (art. 1, D.Lgs. n. 70/2003)»³⁰.

In conclusione, per la dottrina maggioritaria, il maggior limite all'ascrizione di una responsabilità omissiva dell'ISP sarebbe da individuarsi nell'impossibilità di rinvenire nel diritto positivo o *aliunde* alcuna fonte giuridica dell'obbligo di impedimento necessario a fondare una posizione di garanzia.

Se, infatti, non sussistono dubbi sulla responsabilità concorsuale mediante azione del provider – costituendo il modello di responsabilità penale sicuramente più garantista, anche se di maggiore difficoltà di accertamento probatorio, essendo assai complesso dimostrare la sussistenza di un accordo tra l'ISP e l'utente che ha immesso on line il materiale illecito – ben più complesso è ritenere sussistente una responsabilità omissiva impropria.

²⁹ F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, *Il foro italiano*, 4, 2017, pp. 576-589.

³⁰ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 978.

È stato osservato come la stessa potrebbe in astratto essere ben prevista in una ottica *de iure condendo*, introducendo delle fattispecie incriminatrici che contemplino, a carico del *provider*, espressi obblighi di impedire gli effetti dell'altrui reato³¹.

Tuttavia, osserva lo scrivente – in tal caso – non saremmo innanzi ad un concorso omissivo improprio dell'ISP, quanto piuttosto all'introduzione di una vera e propria fattispecie omissiva propria da parte del legislatore.

Anche in tal caso, ad ogni buon conto, sarebbe necessario, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, l'accertamento di un dolo diretto e non soltanto potenziale, non potendosi tollerare alcuna forma di *dolus in re ipsa*, in quanto confliggente col principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 della Carta costituzionale per come interpretato dalla nota giurisprudenza costituzionale di cui alle sentenze nn. 364 e 1085 del 1988³².

In conclusione, per il momento, ad avviso della maggior dottrina, dovrebbe essere rifuggita – in mancanza di una sufficiente tipizzazione legislativa degli obblighi di impedimento degli effetti del reato – ogni interpretazione giurisprudenziale volta a far assurgere l'ISP a “censore” della rete³³.

Si vedrà, tuttavia, *infra* come parzialmente differente sia tanto il punto di vista della giurisprudenza quanto dello scrivente autore.

3.2. Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia: il punto di vista della giurisprudenza

A completamento del quadro giurisprudenziale reso nel capitolo che precede, occorre dar conto degli sviluppi giurisprudenziali successivi rispetto al citato caso *Google vs. vivi Down*³⁴.

³¹ A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, 978.

³² CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017.

³³ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, Giuffrè, 2010, 204.

³⁴ M. MIGLIO, *I gestori di un sito internet rispondono penalmente per i commenti offensivi pubblicati dagli utenti*, 1, 2017, su www.giurisprudenzapenale.it.

Nel caso di specie il gestore di un sito veniva tratto a giudizio per concorso nel reato di diffamazione per aver ospitato e non rimosso un commento lesivo dell'altrui onorabilità.

Dopo un'assoluzione in primo grado, la Corte distrettuale, con un *overturning* ribaltava la sentenza di primo grado, con conseguente condanna dello stesso.

Veniva interposto ricorso per cassazione e, tuttavia, la Suprema Corte rigettava lo stesso escludendo la contraddittorietà della sentenza impugnata e rilevando che il gestore del sito sarebbe stato responsabile non tanto per l'inserimento del file diffamatorio, essendone autore il solo *uploader*, bensì per il suo mantenimento in rete dal momento in cui aveva avuto consapevolezza dell'illiceità del contenuto.

La decisione in parola parrebbe essere la prima ad affermare la responsabilità dell'ISP per il dato diffamatorio caricato da terzi, ponendosi, peraltro, in aperto contrasto rispetto ai paradigmi elaborati dalla giurisprudenza nel caso *Google-vivi Down*, paradigmi apprezzati altresì dalla dottrina³⁵.

In merito a tale pronuncia si ravvisano osservazioni critiche correlate al fatto che la responsabilità concorsuale omissiva dell'ISP deriverebbe dal non aver rimosso un contenuto diffamatorio, di cui era venuto a conoscenza prima dell'intervento dell'autorità, ma solo dopo la pubblicazione dello stesso³⁶.

Infatti, la Suprema Corte ha ritenuto fondato il giudizio di colpevolezza del *provider* in ragione di una conoscenza "semplice" dell'ISP dell'illiceità del contenuto, in quanto veicolata a mezzo e-mail e non (ancora) da parte dell'autorità giudiziaria.

E ancora, osserva la dottrina con riferimento alla pronuncia in parola, non sarebbe chiaro se la Cassazione abbia ritenuto o meno che in giudizio si debba dimostrare che il *provider* concretamente sapesse della natura illecita del contenuto

³⁵ A. INGRASSIA, *La corte d'appello assolve i manager di google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 4 marzo 2013, su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

³⁶ *Idem*.

ovvero se sia sufficiente provare che, comportandosi in modo diligente, egli avrebbe dovuto sapere³⁷.

Parrebbe, in effetti, che i supremi giudici abbiano ritenuto piena la prova della conoscenza del gestore, sulla base del solo dato potenziale, e cioè che questi comportandosi in modo diligente, avrebbe dovuto sapere dell'esistenza dell'altrui mail diffamatoria, dopo la pubblicazione, pervenendo, dunque, ad una indebita sovrapposizione tra piano dell'accertamento del dolo e alveo della responsabilità colposa, irrilevante ai fini dell'integrazione delle fattispecie oggetto di analisi nel presente elaborato e oggetto di giudizio nel caso di specie vagliato dalla Corte.

Ma il maggior limite rinvenuto dalla dottrina nella pronuncia giurisprudenziale in esame è – per come, invero, prevedibile dal paragrafo che ha preceduto il presente – un altro³⁸.

Parrebbe, infatti, che la responsabilità penale omissiva del gestore sarebbe stata fondata sulla base di un – non meglio precisato – obbligo giuridico generale di impedire gli effetti dell'altrui reato, per vero – ad avviso di chi scrive – non sussistente *de iure condito*.

Si osserva, infatti, che solo in un'ottica di una evoluzione *de iure condendo* – magari sulla scorta di un “bilanciamento” tra l'esplicazione delle fondamentali libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero e di beni di rilievo costituzionale, come i diritti della personalità – sarebbe possibile ipotizzare l'introduzione di un simile dovere dell'ISP nel nostro ordinamento³⁹.

3.3. Sulla sussistenza in capo all'ISP di una posizione di garanzia de iure condito: il punto di vista dell'autore

Ad avviso di chi scrive, occorre effettuare delle profonde riflessioni tanto in merito al punto di vista della maggior dottrina *supra* riportata quanto con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza della Suprema Corte.

³⁷ F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto, Il foro italiano*, 4, 2017, pp. 576-589.

³⁸ F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto, Il foro italiano*, 4, 2017, pp. 576-589.

³⁹ L. PICOTTI., *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 4, 1999, 501 ss.

Non pare, infatti, né del tutto corretta l'ottica della dottrina che, allo stato, non ritiene possibile ravvisare alcuna posizione di garanzia in capo agli ISP né l'ottica di parte della giurisprudenza, per cui sarebbe possibile ravvisare un generale obbligo di impedimento in capo agli stessi.

Preme osservare che il punto di vista della dottrina – seppur mosso da opportuno spirito garantista – non pare tener in debito conto i poteri/doveri effettivamente imposti all'ISP dalla normativa vigente, mentre quello della giurisprudenza pecca in punto di scarsa chiarezza circa l'individuazione della base giuridica dell'obbligo di impedimento ritenuto sussistente in capo all'ISP.

Lo scrivente ritiene, infatti, che – nei termini *amplius* argomentati *infra* – parrebbe possibile ritenere sussistente – a determinate condizioni – in capo all'ISP un obbligo di attivarsi nell'ottica di inibire la protrazione dei reati permanenti commessi da terzi e, con qualche maggiore difficoltà e sempre a determinate condizioni, una posizione di garanzia del *provider*.

3.3.1 *Gli obblighi giuridici dell'ISP*

I principali obblighi giuridici dell'ISP d'interesse ai fini della presente trattazione sono rinvenibili nel combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 16 e 17, co. 2, D.lgs. 70/2003 e nelle disposizioni di cui agli artt. 6 e 16 recentemente introdotte dal *Digital Service Act*.

L'art. 17 del D.Lgs. 70/03, in via esemplificativa stabilisce che il *provider* è 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».

Secondo tale disposizione l'obbligo di informazione sorgerebbe, dunque, non appena il provider venga a conoscenza dell'illecito perpetrato tramite il suo servizio, tanto ove riceva una segnalazione da parte di un terzo quanto lo stesso prestatore, navigando sui propri siti, si imbatta in un'informazione ritenuta illecita.

Non è, infatti, necessaria una preventiva valutazione da parte dell'ISP circa

l'effettiva illiceità dell'informazione, in quanto l'obbligo di denuncia è imposto anche laddove l'illecito sia solo ipotizzato.

Sicché l'obbligo di denuncia sussisterà ogni qual volta l'ISP venga a conoscenza di un fatto che, in ipotesi, potrebbe integrare un illecito, dovendo essere l'autorità giudiziaria competente a valutare l'eventuale sussistenza di profili illeciti o, per quanto d'interesse, penalmente rilevanti.

Laddove prenda coscienza dell'illiceità presunta di una informazione, dunque, l'ISP sarà tenuto a denunciare, a norma dell'art.17, co.1 2, lett. a), D.lgs. 70/2003, detto illecito, pur non sorgendo – per il momento – in capo allo stesso prestatore, alcun obbligo di rimozione.

Detto obbligo sorgerebbe, invece, come si vedrà diffusamente nel prosieguo, secondo quanto previsto dall'art.16, co.1 1, D.lgs. 70/2003 laddove vi sia una richiesta dell'autorità competente.

Quanto appena affermato potrebbe, tuttavia, essere superato o in discussione dalla recentissima emanazione del *DSA* europeo.

L'art. 16 del *Digital Service Act*, infatti, impone agli *hosting provider* un obbligo di rimozione basato su un'illiceità meramente potenziale, che ammette la punibilità del fornitore di servizi di memorizzazione il quale valuti erroneamente la legalità della comunicazione⁴⁰.

Tra i doveri propri dell'*hosting provider*, all'art. 16, viene infatti annoverato quello di attivarsi in ragione del semplice invio della segnalazione.

Quanto appena affermato fa comprendere come il *DSA* intenda censurare anche la mera omissione di valutazione della richiesta di rimozione.

Un simile assetto normativo, completato dal Regolamento europeo suddetto, parrebbe aprire alla possibilità di configurare una responsabilità di natura sostanzialmente colposa in capo all'*hosting provider* che ometta di eliminare i contenuti illeciti segnalati dagli utenti⁴¹.

⁴⁰ S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 3/2023, P. 367.

⁴¹ Si rileva, tuttavia, sin da subito come – in assenza di una norma costruita sullo stampo dell'art.57 – non è tuttavia possibile ipotizzare una responsabilità penale colposa del *provider*, non potendo questi – per certo – concorrere a titolo di concorso colposo nelle fattispecie omissive dolose commesse dagli utenti.

L'impatto di tali disposizioni europee è palese, in quanto esse superano le previsioni dell'art. 17, D.Lgs. n. 70 del 2003 che subordina l'attivazione del *provider* a una richiesta qualificata di rimozione⁴².

Tale apparente antinomia potrebbe *de facto* portare alla disapplicazione da parte dei giudici – in virtù della primazia del diritto UE rispetto a quello interno – dell'art. 17, D.Lgs. n. 70 del 2003, con un conseguente effetto – inopportuno – estensivo della responsabilità penale.

Il quadro normativo sin qui riportato dà la riprova di quanto si renda imprescindibile un intervento del Legislatore italiano volto a regolare, sotto il profilo penalistico, le conseguenze derivanti dalla mancata rimozione da parte dei *providers* dei contenuti pubblicati dagli utenti.

3.3.2. Riflessioni in merito ad un possibile concorso omissivo dell'ISP nel reato dell'utente in caso di mala gestio della segnalazione, omessa denuncia o mancata rimozione del contenuto.

Ciò osservato, non resta che risolvere l'interrogativo afferente alla possibilità di ritenere *de iure condito* la possibilità di ascrivere responsabilità penali dei *providers* che 1) mal gestiscano le segnalazioni, 2) omettano di denunciare gli illeciti o 3) non rimuovano i contenuti.

Quanto alla *mala gestio* delle segnalazioni, appare evidente l'impossibilità di ritenere ipotizzabile – sulla scorta delle recenti pronunce della Suprema Corte⁴³ – un concorso colposo del *provider* nel reato commesso dall'utente.

La cattiva gestione di una segnalazione è, infatti, una condotta sostanzialmente colposa e non può e non deve essere trattata alla stregua di una condotta dolosa – secondo un meccanismo riconducibile *versari in re illicita* – per il solo fatto che nel recente *DSA*, a determinate condizioni, si ritiene sussistente una “presunzione” di consapevolezza da parte dell'ISP della illiceità del contenuto.

Ai fini del concorso dell'ISP si renderebbe, infatti, necessaria una piena ed

⁴² S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 3/2023, p. 367.

⁴³ «non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa non ravvisabile nell' art. 113 c.p. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo; ne consegue che nei delitti la condotta colposa che accede al fatto principale doloso, è punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento» Cass. Pen., Sez. V, 05 ottobre 2018, n. 57006.

effettiva consapevolezza dello stesso circa l'illiceità del contenuto.

Quanto invece all'eventuale omessa denuncia, va rilevato che tali obblighi sono, all'evidenza, volti a garantire il funzionamento dell'attività di repressione e prevenzione delle attività criminali in rete ma, ad avviso della maggior dottrina non sarebbe sufficiente a configurare una generale posizione di garanzia in capo all'ISP, non implicando un effettivo potere di impedimento dell'evento⁴⁴.

La tempestiva denuncia della presunta attività illecita, infatti, non potrebbe essere letta quale potere/dovere del *provider* di interrompere l'azione criminale del terzo, parendo, piuttosto un onere volto a non agevolare l'altrui attività delittuosa.

Da ciò parrebbe possibile inferirsi che la denuncia dell'attività presunta illecita, a cura dell'ISP sarebbe finalizzata al solo esercizio dei poteri di repressione da parte dell'ordinamento e, conseguentemente, sarebbe da intendersi come una ipotesi – evidentemente mediata – di obbligo di impedimento dell'evento, solo forzatamente riconducibile alla clausola generale di cui all'art.40, co. 2, c.p.

D'altra parte, è stato osservato come l'obbligo di denuncia abbia una sua *ratio* ben delineata dalle previsioni delittuose di cui agli artt. 361 e seguenti c.p., che lo distingue dall'azione doverosa che configura la posizione di garanzia di cui all'art.40, co.2, c.p.⁴⁵.

L'omessa denuncia, infatti, consiste nell'omissione di un obbligo di comunicazione, mentre, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di impedire l'evento il reo omette il doveroso comportamento positivo atto ad impedire il reato, concorrendo così al compimento del reato stesso.

Tuttavia, pare che il Legislatore non abbia inteso prevedere, *de iure condito*, una responsabilità penale dell'ISP per l'omessa denuncia e rimozione dei contenuti illeciti.

Pare, infatti, corretta la chiave di lettura per cui – in assenza di una segnalazione da parte dell'autorità – la posizione del *provider* tenuto all'obbligo di *notice* andrebbe inquadrata nell'alveo degli obblighi di sorveglianza o, al più, di attivarsi.

⁴⁴ G. STEA, *La responsabilità penale dell'internet service provider*, su www.giurisprudenzapenale.com.

⁴⁵ G. STEA, *La responsabilità penale dell'internet service provider*, su www.giurisprudenzapenale.com.

Infatti, se da un lato la normativa esclude in capo all'ISP ogni dovere di vigilanza *ex ante* sulle attività degli utenti del servizio offerto, dall'altro, comunque, impone l'obbligo di *notice* senza indugio della presunta attività illecita.

Com'è noto, un siffatto obbligo non dovrebbe – a rigore – essere idoneo a determinare *ex se* l'insorgenza di una posizione di garanzia, essendo – per converso – necessario un dovere di impedimento dell'evento.

Infatti, per l'equiparazione sul piano normativo della causalità omissiva a quella commissiva si rende necessario che in capo al soggetto agente preesista un obbligo giuridico di impedire l'evento che trova la sua giustificazione sulla base dei principi solidaristici consacrati dagli artt. 2, 32, 41, co. 2, Cost.⁴⁶.

Occorre, dunque, effettuare una breve chiosa sulla distinzione tra obblighi di impedimento idonei a determinare l'insorgenza di una posizione di garanzia rispetto agli obblighi di sorveglianza o di attivarsi⁴⁷.

Tali ultimi obblighi postulano, infatti, un preesistente obbligo giuridico gravante su determinate categorie di soggetti, di vigilare sulle altrui attività ma in assenza di poteri o doveri di impedimento dell'evento⁴⁸.

Gli obblighi di vigilanza o di sorveglianza così intesi sorgerebbero, in via esemplificativa⁴⁹, in capo al datore di lavoro nei cui confronti spetta, in caso di delega di funzioni, il controllo in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite da parte del delegato (art. 16, co. 3, d.lgs. n. 81 del 2008)⁵⁰ o in capo ai sindaci della società, su cui incombe l'obbligo, ai sensi dell'art. 2403 c.c., di vigilare sull'«osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società»⁵¹.

⁴⁶ E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020; Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, *Stava*, in *Foro it.*, 1992, II, 36.

⁴⁷ Sul punto cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999.

⁴⁸ Cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003.

⁴⁹ E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

⁵⁰ Sul punto, Cass. pen., sez. IV, 8 marzo 2012, n. 25535.

⁵¹ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009; G. FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cass. pen.*, 2010, 4347 ss.; Per un approfondimento sulla distinzione tra obblighi di impedimento e obblighi di sorveglianza si veda E. AMBROSETTI, E.

Infatti, ha osservato la dottrina come la mera sussistenza di poteri di controllo preventivo (di cui, peraltro, per quel che qui è d'interesse, l'ISP non è dotato) e di denuncia in una fase successiva determinerebbe la naturale esclusione di quei poteri di intervento preventivo che sono alla base dell'obbligo giuridico di garanzia⁵².

Gli obblighi di attivarsi avrebbero, invece, la peculiarità di essere esenti da qualsiasi preesistente obbligo giuridico, sorgendo tuttavia un obbligo di impedimento dell'evento al verificarsi di determinati presupposti di fatto (si pensi alla fattispecie di omissione di soccorso di cui all'art. 593 c.p.).

In tali ultime ipotesi, come anticipato, la dottrina prevalente⁵³ ritiene non applicabile la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. in quanto, gli obblighi di sorveglianza o vigilanza presuppongono un dovere di mero controllo o, al massimo, di sollecitazione di poteri impeditivi del titolare del bene o del garante, e parimenti gli obblighi di attivarsi non presupporrebbero alcun dovere di impedire l'evento, in assenza di una fattispecie omissiva propria ipotizzata *ad hoc* dal legislatore⁵⁴.

Senza entrare *funditus* nel merito della questione, preme evidenziare come, per vero, sovente accade che vengano mosse contestazioni per concorso omissivo improprio nei confronti dei sindaci delle società che non abbiano posto in essere le attività di impulso, controllo e segnalazione agli stessi demandate.

Una simile posizione non parrebbe, ad avviso di chi scrive, troppo distante rispetto a quella dell'ISP tenuto a segnalare all'autorità l'illecito onde evitarne la protrazione.

L'unica differenza, per vero, sta nel fatto che al sindaco sovente si contesta che la sua omissione possa inciso sul verificarsi del successivo dissesto della società mentre all'ISP, non essendo esigibile – come più volte evidenziato – alcun potere di controllo preventivo dei contenuti caricati, si può al più contestare di non aver posto fine ad un reato permanente, così *de facto* concorrendovi.

MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Zanichelli, 2016, 116 s.; N. PISANI, voce *Obbligo di impedire l'evento*, in N. IRTI – S. CASSESE (a cura di), *Dizionario giuridico*, Giuffrè, 2006.

⁵² E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

⁵³ *Ex plurimis*, E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

⁵⁴ E. MEZZETTI, *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020.

Conclusa tale breve chiosa sulla differenza fra le tipologie di obblighi giuridici e al netto di tali ultime osservazioni dello scrivente, appare chiaro che – a rigore – l’omissione di un dovere di denuncia da parte del *provider* non parrebbe, allo stato, penalmente rilevante, non sussistendo una sua posizione di garanzia *stricto sensu*.

D’altra parte, lo si ripete ancora una volta, – quantomeno sino all’entrata in vigore del *DSA*, *ut amplius infra* – a norma del diritto positivo vigente nell’ordinamento italiano non parrebbe possibile riconoscere una posizione di garanzia tale da imporre un obbligo di immediata rimozione in capo all’ISP, quanto piuttosto un mero obbligo di segnalazione dell’illecito all’autorità e – solo conseguentemente – un eventuale obbligo di rimozione su sollecito dell’autorità stessa.

Veniamo dunque all’ultimo interrogativo del presente paragrafo: la possibilità di ritenere sussistente un concorso omissivo dell’ISP non per l’omessa segnalazione o per la *mala gestio* delle segnalazioni ricevute quanto per l’omessa rimozione del contenuto illecito.

In tale ultimo frangente va rammentato che laddove l’ISP venga esortato dall’autorità a rimuovere il contenuto illecito, questi – a norma dell’art. 16 co.1 lett.b) è tenuto ad agire «immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso» e a norma del comma 3 del medesimo articolo è tenuto, anche in via d’urgenza, a impedire o porre fine alle violazioni commesse.

Peraltro, gli obblighi di *take down* per il *provider* si sono recentemente ampliati in seguito all’approvazione del Regolamento 2065/2022, *Digital Service Act*.

Ivi viene, infatti, previsto che a determinate condizioni l’ISP sarebbe tenuto a provvedere alla rimozione anche in assenza di un ordine dell’autorità, ma sulla base di una circostanziata segnalazione di un fatto *ictu oculi* penalmente rilevante.

In tali peculiari ipotesi parrebbe, dunque, sussistere un potere/dovere di intervento postumo dell’ISP per prevenire la protrazione della condotta illecita perpetrata sulla piattaforma dallo stesso gestita.

Ne consegue, che l’eventuale inerzia dell’ISP potrebbe – con riferimento ai reati qualificabili come permanenti, pur con svariati *caveat* – ipotizzarsi una forma di

concorso omissivo nel reato in parola, individuando nelle disposizioni della Direttiva UE sul commercio digitale e nel *DSA* una base giuridica per ritenere sussistente una posizione di garanzia in capo al *provider*.

Ricapitolando, appare possibile individuare dei punti fermi in merito allo statuto di responsabilità *de iure condito* sussistenti in capo al *provider* e lasciare alcune questioni aperte, da risolversi nei paragrafi che seguono.

In primo luogo, è stato chiarito che in capo agli *internet service provider* non sussista alcun potere/dovere di controllo *ex ante* sui contenuti in quanto a norma dell'art. 17, co. 1, D.Lgs. 70/2003 la legge statuisce che «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, nè ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite» e tale quadro non è mutato con l'avvento del *DSA* europeo.

Parrebbe, per converso, ad avviso di chi scrive e di parte della giurisprudenza essere possibile ravvisare una pluralità di poteri/doveri *ex post*, che il *provider* è tenuto esercitare dal momento in cui prenda contezza della presenza di un contributo illecito.

Primo potere/dovere attiene alla corretta gestione delle *notice* pervenute dagli utenti, pur essendo assai difficoltoso ravvisare sin d'ora delle possibili responsabilità penali in relazione a tale gestione.

Sempre in tema di *notice*, va rilevato che oltre a ricevere le segnalazioni l'ISP sia talvolta tenuto ad effettuarne in prima persona (cfr. *ex plurimis* art. 8 Reg. UE 2065/2022 o da ultimo a norma del D.Lgs. 107/2023 in materia di *cyberterrorismo*), dovendo segnalare all'autorità i contenuti possibilmente illeciti, affinché la stessa possa valutare l'opportunità di disporre il c.d. *take down*, la rimozione dello stesso.

Tuttavia, tanto tale obbligo di comunicazione all'autorità quanto quello già statuito dall'art. 16 del D.Lgs. 70/2003, pare essere qualificabile come un mero obbligo di attivarsi, in quanto al verificarsi di una determinata condizione di fatto – la presa di coscienza dell'ISP della presenza di un contenuto possibilmente illecito – il *provider* è tenuto ad allertare senza indugio l'autorità, pur non avendo già in questa fase alcun dovere di rimozione del contenuto, sicché – non essendo prevista una fattispecie omissiva propria – non parrebbe, allo stato, penalmente rilevante.

Per vero, preme osservare come il rispetto (o meno) dell'obbligo di *notice* da parte dell'ISP sia – seppur in via mediata – eziologicamente incidente sull'insorgenza dell'obbligo di *take down*.

Tuttavia, a rigore, tenendo conto dei poteri/doveri sussistenti in capo all'ISP in relazione all'obbligo in concreto violato – ovverosia quello di *notice* e non quello di *take down* – dovrebbe ritenersi – in un'ottica garantista – non applicabile la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p., capoverso.

Infatti, per come si è evidenziato *supra*, l'obbligo di attivarsi – almeno in teoria – non dovrebbe comportare la possibilità di individuare una posizione – *stricto sensu* – di garanzia.

Tali omissioni incidono, infatti, solo in via mediata sulla protrazione dell'illecito.

Sicché, l'eventuale violazione del solo obbligo di *notice* parrebbe, allo stato, non presidiata da alcuna responsabilità penale, salvo a voler ritenere rilevante l'indiretta violazione di un ipotetico obbligo di impedimento che sarebbe potuto sorgere in capo all'ISP laddove avesse ottemperato ai suoi doveri di segnalazione.

In una prospettiva *de lege ferenda* parrebbe, invero, ben possibile ipotizzare l'introduzione di una fattispecie propria dell'ISP, volta a sanzionare precipuamente l'omissione *de qua*.

Onde evitare indebiti vuoti di tutela e al fine di superare le questioni problematiche afferenti all'accertamento o meno circa la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *provider*, sarebbe – *ut amplius infra* nei paragrafi che seguono – opportuno pensare all'introduzione di una fattispecie omissiva propria, volta a sanzionare *ad hoc* la consapevole e deliberata omessa (o tardata) segnalazione dei contenuti potenzialmente illeciti all'autorità, modellata sulle fattispecie codicistiche di omessa denuncia.

Siffatta fattispecie – si vedrà *infra sub* par. 5 – dovrebbe, invero, strutturarsi – ad avviso dello scrivente – come un delitto plurioffensivo, volto a tutelare il bene giuridico intermedio del regolare perseguimento degli illeciti da parte dell'ordinamento ed il bene giuridico finale da individuarsi nel bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice dell'illecito non segnalato dal *provider*.

Chiarito che la violazione degli obblighi di segnalazione parrebbe non dover determinare alcuna responsabilità concorsuale dell'ISP occorre, tuttavia, interrogarsi sulla rilevanza degli obblighi di *take down*.

Parrebbe, infatti, per converso parrebbe ipotizzabile – a determinate condizioni – una responsabilità omissiva impropria dell'ISP che non abbia ottemperato agli ordini di *take down* cui è tenuto a norma dell'art. 16 co.1 e 3 e 17 del decreto di recepimento della Direttiva sul commercio digitale, laddove l'autorità ravvisi la sussistenza di un illecito e ne chieda la rimozione, più di recente, a norma dell'art. 16 del Regolamento UE 2065/2022 anche in assenza dell'ordine dell'autorità.

In tali peculiari ipotesi potrebbe, infatti, pur con molti *caveat*, ipotizzarsi una posizione di garanzia dell'ISP, tenuto ad – e in condizione di – impedire la protrazione del reato.

Come premesso, i *caveat* sul punto non sono pochi.

In primo luogo, una siffatta responsabilità penale a titolo concorsuale omissivo dell'ISP dovrebbe, tuttavia, ritenersi applicabile solo laddove la fattispecie commessa dal terzo abbia natura di reato permanente atteso che laddove il reato commesso avesse natura istantanea la condotta dell'ISP sarebbe qualificabile come mero *post factum* – in quanto eziologicamente irrilevante – rispetto ad un fatto di reato oramai perfezionatosi ed esauritosi⁵⁵.

Altro limite andrebbe a tale paradigma di responsabilità andrebbe rinvenuto nella inoperatività della clausola di cui all'art. 40 cpv. c.p. in relazione ai reati commissivi che non siano causalmente orientati, o a forma libera⁵⁶.

Sicché, in via esemplificativa, parrebbe non potersi ascrivere alcuna responsabilità concorsuale all'ISP che concorra a titolo omissivo in una delle fattispecie a forma vincolata previste dalla normativa in materia di *privacy*⁵⁷.

⁵⁵ *Ut amplius supra sub cap. II*, laddove si ipotizza la qualificabilità del reato di diffamazione come permanente.

⁵⁶ Osserva, infatti, E. MEZZETTI, in *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020, che non sarebbero convertibili i reati a forma vincolata, caratterizzati non soltanto dalla produzione di un evento, ma da particolari modalità di realizzazione della condotta, così F. MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, CEDAM., 167. Nella categoria dei reati non convertibili rientrerebbero, tra gli altri, anche i reati di mano propria, che presuppongono un atto positivo di carattere strettamente personale, nonché i reati abituali, consistenti nella reiterazione di comportamenti positivi. Sul punto G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, p. gen., Zanichelli, 627.

⁵⁷ Cfr. *supra sub Cap. III*, par. 4.3.5., con riferimento all'art. 167 D.Lgs. 196/2003.

Infine dovrebbe essere concretamente accertato il dolo di concorso dell'ISP, non potendosi tollerare ipotesi di surrettizia imputazione a titolo di concorso doloso di condotte sostanzialmente negligenti e, dunque, colpose.

Appare, dunque, chiaro come – allo stato – la possibilità di ritenere penalmente responsabile l'ISP per il concorso nell'altrui delitto sia, evidentemente, assai limitata e, ad avviso di chi scrive, la soluzione non maggiormente opportuna.

Ciò posto, si vedrà *infra* quanto sia del tutto necessario effettuare delle riflessioni in un'ottica *de lege ferenda*, al fine di verificare se dei nuovi presidi penalistici possano essere utili a colmare quelli che paiono essere dei possibili vuoti di tutela in relazione a beni giuridici di estremo rilievo.

4. Analisi comparatistica delle discipline in materia di responsabilità dei providers per la diffusione di contenuti illeciti.

4.1. Cenni sull'esperienza statunitense in materia di responsabilità degli ISP

Prima di entrare nel merito delle possibili prospettive *de lege ferenda*, si ritiene opportuno analizzare – senza alcuna pretesa di approfondimento o completezza – alcuni profili comparatistici, onde trarre eventuali spunti in un'ottica *de iure condendo*.

Negli Stati Uniti, il titolo II del *Digital Millennium Copyright Act* ha introdotto una compiuta disciplina in materia di responsabilità dei fornitori di servizi in rete in materia di proprietà intellettuale.

Tale legge federale del 1998 ha, in specie, previsto una procedura che permette ai soggetti, il cui diritto di proprietà intellettuale sia stato leso, di notificare al *provider* l'avvenuta lesione – c.d. “*notice*” – con contestuale obbligo a carico dello stesso di rimuovere – c.d. *take down* – il contenuto segnalato.

Il modello USA è stato definito – a differenza di quello individuato dalla Direttiva 2000/31/CE – un «sistema a tutela verticale», in quanto «fa ricorso a più plessi normativi, tendenzialmente pensati (...) come se si trattasse di compartimenti stagni»⁵⁸.

⁵⁸ R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: RoboTakedown, Policy of Termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2.

Per quanto d'interesse ai fini del presente elaborato il DMCA, al § 512(c) impone, da una parte, la designazione ad opera dei *provider* di un apposito soggetto preposto alla ricezione dei reclami dei titolari dei diritti d'autore (c.d. *designated agent*) e, dall'altra, un'elencazione precisa dei contenuti che deve avere la *notification*.

Appare evidente come la regolamentazione in parola sia improntata al rispetto del contraddittorio tra le diverse parti e preveda degli importanti correttivi volti ad un corretto esercizio della procedura di *notice and take down*.

Il contraddittorio è, in specie, garantito dalla previsione di una *counter notification*, dichiarazione scritta con la quale l'utente contesta l'avvenuta rimozione o la disabilitazione dell'accesso ad un contenuto segnalato. Nell'ipotesi in cui il *provider* riceva una contro-notifica, il § 512 disciplina una procedura che lo stesso dovrà seguire per poter garantire il contraddittorio tra le due parti.

Detta procedura prevede che l'ISP debba contattare l'originario proponente per la rimozione, fornire prova della contro-notificazione, informarlo che provvederà al reinserimento dei contenuti rimossi allo scadere di dieci giorni lavorativi, reinserire i contenuti sulla rete a partire dal decimo giorno lavorativo dalla ricezione della *counter notification* e, comunque, non oltre il quattordicesimo, a meno che il provider non riceva, prima della scadenza di tal termine, una comunicazione da cui si evinca che il *copyright owner* abbia intentato un'azione contro l'autore diretto dell'illecito.

Il Legislatore d'oltre oceano ha, peraltro previsto due correttivi consistenti, da un lato, in una responsabilità dell'utente per *misrepresentation*, sicché laddove vi sia una falsa rappresentazione della violazione di diritto d'autore, ai sensi del § 512, il soggetto che abbia inoltrato la notifica risultata falsa sarà tenuto a risarcire tutti i danni sofferti dai soggetti coinvolti e, dall'altro, in una presunzione di irresponsabilità del *provider* che abbia in buona fede disabilitato l'accesso o rimosso i contenuti a seguito della ricezione di una notifica.

Sul punto è stato, invero, osservato⁵⁹ come nessuna valutazione in merito alla fondatezza della segnalazione sia imposta all'ISP, con conseguente considerevole deresponsabilizzazione dell'ISP⁶⁰.

Il procedimento in parola è, in ogni caso, integrato da «meccanismi formalizzati di coordinamento tra la fase del controllo di matrice privatistica e quella, pubblicistica, affidata ad organi statali»⁶¹.

Il quadro appena rappresentato – seppur avente ad oggetto responsabilità dell'ISP di natura prettamente civilistica – assume rilievo ai fini del presente elaborato in quanto ivi è possibile trarre degli spunti per una implementazione della procedura di *notice* e *take down* prevista nel nostro ordinamento e, conseguentemente, al fine di individuare una possibile base giuridica per l'ipotizzata posizione di garanzia dell'ISP.

È stato, infatti, osservato⁶² che laddove la legislazione europea prevedesse meccanismi formali atti a regolare in modo uniforme e dettagliato, con tempistiche certe e cadenzate, le procedure di *notice* e i conseguenti obblighi di *take down* a carico dei *provider*, si supererebbero numerose questioni problematiche allo stato sussistenti e *supra* parzialmente analizzate.

Un intervento di tal fatta potrebbe, infatti, chiarire quali siano le condizioni necessarie per ritenere sussistente una “effettiva conoscenza” in capo all'ISP, risolvendo i dubbi ermeneutici *supra* parzialmente emersi nel corso dell'analisi giurisprudenziale che si è effettuata nei capitoli e paragrafi che precedono.

Occorrerebbe, infatti, chiarire quale debba essere il contenuto della notifica all'ISP, così da garantire l'attitudine esplicativa della stessa⁶³. Infatti, una maggiore chiarezza della normativa in materia *de qua* sarebbe d'ausilio altresì per l'utente

⁵⁹ B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018; M. DEL SIGNORE, *Il sistema. U.S.A.*, in *AIDA*, 2014.

⁶⁰ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, *Giuffrè*, 2010.

⁶¹ S. SICA – V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Dir. inform.*, 2014, 4-5, p. 703 ss.; B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018; M. DEL SIGNORE, *Il sistema. U.S.A.*, in *AIDA*, 2014.

⁶² B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

⁶³ P. PIRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giur. merito*, 2012, vol. n. 12, p. 2617; A. CONTALDO – F. PELUSO, *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità civile degli ISP*, in *Dir. aut.*, 2015 vol. n. 1, p. 144.

danneggiato il quale, in sede processuale, è tenuto a comprovare l'effettiva conoscenza da parte dell'ISP della presenza del contenuto illecito realizzatasi mediante il perfezionamento della notifica.

In ambito europeo, invece, pur essendo previsto all'art. 21 comma 2 della direttiva sul commercio elettronico un necessario adeguamento periodico della normativa – con conseguente ipotizzabilità di interventi sull'approntamento di meglio definite procedure di *notice and take down* e la previsione espressa di una responsabilità dell'ISP in ragione della omessa rimozione del contenuto – non è stato, sino ad ora, adottato alcun provvedimento in tal senso.

Sul punto, per vero, la Commissione europea, ha sottolineato, mediante una propria comunicazione, l'importanza e l'esigenza di una maggiore e bilanciata responsabilizzazione degli ISP, che non può prescindere dalla previsione di precise procedure di segnalazione e rimozione⁶⁴.

Una volta compresa la necessità di una implementazione delle procedure di *notice e take down*, pare utile guardare alle soluzioni adottate da altri ordinamenti, sempre nell'ottica di poter trarre spunti per futuri interventi *de lege ferenda* del legislatore.

4.2. Brevi cenni sulla legislazione tedesca in materia di responsabilità degli ISP

Sulla scorta di quanto previsto dal DMCA statunitense, l'ordinamento tedesco si è dotato di meccanismi di *notice e take down* regolamentati in maniera ancor più dettagliata di quanto fatto oltre oceano dal legislatore americano.

Nel 2017 è stata, infatti, emanata una legge volta a «migliorare la tutela dei diritti sui *social network*» (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*)⁶⁵.

Come anticipato, in tale disciplina legislativa è possibile rinvenire svariati punti di contatto con la legislazione statunitense appena analizzata.

La normativa tedesca prevede, infatti, l'organizzazione dell'obbligo di rimozione attraverso tempistiche definite.

⁶⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM(2017) 555 final del 28 settembre 2017.

⁶⁵ Sul punto si fa rinvio a G.G. CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in *Dir. inform.*, 2017, p. 728 ss.

In primo luogo gli ISP hanno 24 h di tempo per rimuovere i “contenuti illeciti” segnalati laddove manifestamente illeciti e sette giorni nei casi di contestazione o rimessione della decisione ad un organo di autoregolamentazione.

Va precisato che la *NetzDG* dà una definizione di “contenuto illecito” facendo rinvio ad alcune disposizioni del codice penale tedesco, senza fornire un’autonoma e compiuta articolazione del suo significato.

In secondo luogo si prevede la possibilità di inoltrare una *counter notification* con cui contestare la rimozione o la presunta illiceità del contenuto e, infine, prevede la nomina di una figura *ad hoc* addetta alla ricezione delle notifiche in materia *de qua*.

Sussistono peraltro, come nel sistema statunitense, degli obblighi informativi nei confronti degli utenti coinvolti.

Svariate sono, altresì le differenze tra la legislazione tedesca e quella americana e le soluzioni innovative rispetto a quanto previsto dal DMCA statunitense.

In primo luogo, è prevista una differenziazione degli obblighi di rimozione sulla base del grado di illiceità dei contenuti ospitati, *ut supra* evidenziato, distinguendo tra contenuti manifestamente illeciti e non, con conseguenti differenti oneri per l’ISP.

In secondo luogo, è prevista l’istituzione di un organo di autoregolamentazione e il provider deve autonomamente valutare se il contenuto sia illecito e vada rimosso, senza che sia prevista alcuna clausola di salvaguardia della sua irresponsabilità in caso di rimozione illecita.

Altre differenze di estremo rilievo tra le due normative attengono, da un lato, al fatto che la legislazione tedesca preveda una considerevole limitazione dell’ambito applicativo della legge *NetzDG*, applicandosi la stessa ai soli gestori di *social network* con utenti registrati in Germania che raggiungano almeno due milioni e, dall’altro al fatto che la responsabilità del provider potrà, differentemente rispetto a quanto previsto dalla legislazione statunitense, attenersi a qualsiasi fattispecie criminosa richiamata dall’art. 1, mentre il DMCA prevede una responsabilità degli ISP per i soli *copyright infringements*.

Va, infine, rilevato come la normativa tedesca prevede che l'ISP soggiaccia ad un obbligo di resoconto della propria attività di gestione delle segnalazioni, non previsto dalla disciplina d'oltre atlantico⁶⁶.

È stato osservato che, per vero, la legislazione tedesca parrebbe carente – rispetto al DMCA – sul versante della mancata previsione di una compiuta elencazione e descrizione delle informazioni che deve contenere la *notification* e la *counter-notification*, lasciando così permanere rilevanti incertezze al riguardo.

Deve essere, invece, ad avviso di chi scrive, accolta di buon grado la differenziazione fra gli obblighi di rimozione rispetto al tipo di contenuto illecito controverso.

Non si può, infatti, obliterare che gli ISP sono pur sempre soggetti privati, non necessariamente dotati di conoscenze giuridiche tali da consentire loro una corretta valutazione circa la liceità o l'illiceità delle informazioni che transitano o vengano uploadate sui propri *server*⁶⁷.

Sul punto, come anticipato, il legislatore tedesco ha effettuato un opportuno bilanciamento prevedendo una differenziazione tra gli obblighi di rimozione dei contenuti che risultino *ictu oculi* illeciti e quelli che non lo siano in maniera così manifesta, dando, dunque, adito a contestazione o a consultazioni nel merito alla liceità o meno degli stessi.

Una simile scelta, improntata ad una stretta cooperazione con le autorità, pare assai utile al fine di una corretta esecuzione di tali meccanismi, in quanto la presenza di un soggetto terzo che abbia le competenze per valutare la natura dei contenuti oggetto di segnalazione è imprescindibile per non rimettere tutto alla valutazione dell'ISP.

L'analisi di un siffatto quadro normativo, si vedrà *infra*, potrà essere di estremo ausilio per trarre spunti in un'ottica *de iure condendo*.

⁶⁶ B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

⁶⁷ B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

4.3. La legislazione in materia di media audiovisivi e pubblicazioni online nella Repubblica d'Albania

Prima di entrare nel merito delle previsioni normative (*de iure condito* e *de iure condendo*) della legislazione albanese in materia di poteri/dover di *take down* dei contenuti condivisi *online*, d'interesse ai fini di ricerca, lo scrivente ritiene imprescindibile effettuare una – assai sintetica – panoramica del quadro normativo delle fattispecie integrabili mediante propalazioni a mezzo stampa, audio-video o *web* e del quadro normativo generale in materia di *media*.

Va, in primo luogo, evidenziato come la legislazione penalistica albanese preveda svariate fattispecie tanto a tutela dell'onore quanto volte alla prevenzione di svariate forme d'odio, con ciò che ne consegue in termini di rischi di compressione della libertà di manifestazione del pensiero.

In particolare, tanto la diffamazione⁶⁸ quanto l'incitamento all'odio in Albania sono regolati da diverse disposizioni del Codice Penale⁶⁹, le quali prevedono delle fattispecie comuni applicabili a tutti i consociati, non essendo previste fattispecie proprie dei *provider* o dei gestori o utilizzatori di specifici *media*.

Tuttavia, si avrà modo di vedere *infra*, diverse disposizioni fanno riferimento all'utilizzo di sistemi informatici come circostanza aggravante delle condotte previste come penalmente rilevanti dal codice penale.

Concentrandoci sulle sole disposizioni strettamente correlate alle condotte commesse a mezzo *media*, va evidenziato come, da un lato, il Codice Penale albanese preveda all'articolo 265 che «l'istigazione all'odio o ai conflitti tra nazionalità, razze e religioni, nonché la redazione e la diffusione di articoli con tale contenuto, sono punibili con la multa o con la reclusione fino a dieci anni»⁷⁰. L'articolo 266 del

⁶⁸ E. BOZHUKU, *Analiza e vepres penale: rendesia e katalogimit te elementeve te vepres penale; vlera teorike dhe aspektet praktike, në Jeca Juridike*, Tirane nr. 2,2011; E. BOZHUKU, *Fajsia: disa aspekte teorike, metodologjike, funksionale, dhe pratike te elementit te dvtë te struktures se vepres penale, në E Drejta*, Law Prishtine, nr. 2,2010.

⁶⁹ E. BOZHUKU – I. ELEZI, *Pergjegjesia penale e personave juridike. Manual teorik-praktik per studente, avokate, prokurore, gjyqtare, drejtus te shoqerive tregtare, studiues dhe dashamires te se drejtes penale*, Tirane, 2012; I. ELEZI, *E Drejta Penale (Pjesë e Posaçme)*, Tirane, 2007; I. ELEZI – S. KAÇUPI – M. HAXHIA, *Komentari i Kodit Penal te Republikës se Shqipërisë*, Tirane, 2006; I. ELZI, *E Drejta Penale (Pjesa e posaçme)*, Tirane, 2007; V. KAFTALLI, A. PERNOKA, *Kodike Penal i Republikës së Shqipërisë*, Tirane, 2007.

⁷⁰ Art. 265 del codice penale albanese, <https://euralius.eu/index.php/en/library/albanian-legislation?task=download.send&id=11&catid=10&m=0>.

prefato codice dettaglia ulteriormente il divieto di incitamento all'odio, prevedendo che la «messa in pericolo dell'ordine pubblico incitando all'odio contro parti della popolazione insultando e/o diffamando, o chiedendo l'uso della violenza o azioni arbitrarie contro di loro, è punibile con la multa o con la reclusione fino a cinque anni».

Vi sono, poi, ulteriori disposizioni volte a sanzionare penalmente l'offerta in pubblico di materiali che negano, minimizzano in modo significativo o giustificano atti di genocidio o crimini contro l'umanità o la diffusione deliberata di tali materiali al pubblico attraverso crimini informatici⁷¹ la minaccia grave di taluno a causa della propria etnia, nazionalità, razza o appartenenza religiosa attraverso sistemi informatici⁷².

Ma l'apparato sanzionatorio del Codice albanese non si esaurisce qui.

Infatti, all'art. 119/a viene sanzionata penalmente l'offerta di materiale con contenuto razzista o xenofobo in pubblico o attraverso sistemi informatici, mentre l'articolo 119/b sanziona l'ingiuria intenzionale a causa dell'etnia, nazionalità, razza o religione in pubblico o attraverso sistemi informatici.

Per quel che è d'interesse ai fini della ricerca, va segnalato che in tali ipotesi il Legislatore d'oltre Adriatico abbia previsto un apparato sanzionatorio maggiormente severo nel caso in cui i contenuti siano diffusi al pubblico attraverso reti informatiche.

La legislazione albanese è, peraltro, d'estremo interesse in quanto nei tempi recenti è stata oggetto di svariate novelle – o progetti di novella – tanto in relazione alla regolamentazione dei media audiovisivi quanto in relazione ai media online⁷³.

Dopo un processo controverso, infatti, il parlamento albanese aveva approvato la legge alla fine del 2019, nonostante l'opposizione dei media e degli attivisti per i diritti umani.

È, stato criticamente osservato da più parti che, tuttavia, tale legge conferisse al regolatore competenze quasi giudiziarie per sanzionare i *media*.

⁷¹ Articolo 74/a, del Codice Penale Albanese, <https://euralius.eu/index.php/en/library/albanian-legislation?task=download.send&id=11&catid=10&m=0>;

⁷² *Idem*.

⁷³ Cfr. Sul punto ILDA LONDO, *National regulatory and self-regulatory framework against hate speech and disinformation. Albania*, <https://www.annalindhfoundation.org/ar/node/11261>.

In ragione di ciò il Consiglio d'Europa ha deciso di chiedere il parere della Commissione di Venezia sulla legge, la quale, si vedà *infra*, ha eccepito che la proposta di riforma soffrisse di vaghezza e probabilmente avrebbe avuto un inopportuno “effetto dissuasivo”, sopprimendo *de facto* la libertà di discussione e di espressione politica nel settore albanese di Internet.

Il processo è, dunque, arrivato ad una fase di stallo e la novella non è – allo stato – entrata in vigore.

4.3.1. Sull'attualità e sulla rilevanza di un'analisi delle proposte d'emendamento della legislazione albanese in materia di reati commessi a mezzo media online

Con lettera del 20 gennaio 2020, il Comitato per il Rispetto degli Obblighi e degli Impegni degli Stati Membri del Consiglio d'Europa (il Comitato di Monitoraggio) dell'Assemblea Parlamentare, ha richiesto un parere alla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, altresì nota come Commissione di Venezia, sulla Legge albanese n. 97/2013 “Sul servizio dei media audiovisivi” e delle proposte di emendamento della stessa adottate il 18 dicembre 2019.

In una lettera del 4 febbraio 2020, il presidente del comitato di monitoraggio, chiariva che la richiesta iniziale di parere riguardava i progetti di modifica della legge n. 97/2013 nonché i progetti di modifica alla Legge n. 9918/2018 in materia di comunicazioni elettroniche.

Il 4 marzo 2013 il Parlamento albanese aveva adottato la legge n. 97/2013 al fine di attuare la strategia di *switchover* digitale volta a garantire la transizione dalla radiodiffusione analogica a quella digitale, con lo scopo di regolamentare l'attività radiotelevisiva in Albania e di armonizzare la legislazione sui media con la Direttiva sui servizi di media audiovisivi (2010/13 UE) dell'Unione Europea.

Va premesso che con la Legge n. 97/2013 in Albania veniva istituita l'Autorità per i media audiovisivi, in breve, “AMA”, quale autorità nazionale di regolamentazione nel settore dei servizi di radiodiffusione audio e audiovisivi e dei servizi a loro accessori.

Il 18 dicembre 2019 il Parlamento albanese adottava dei progetti di modifica della legge n. 97/2013 e la Legge n. 9918/08⁷⁴ e, tuttavia, l'11 gennaio 2020, il Presidente della Repubblica d'Albania poneva il veto sui progetti di modifica della Legge n. 97/2013 e della Legge n. 9918/08, rinviando gli emendamenti al Parlamento in quanto alcune disposizioni di questi progetti di emendamento sarebbero state in contrasto con i principi di democrazia, libertà di espressione e proporzionalità, nonché con la giurisprudenza della Corte Costituzionale di Albania e CEDU.

Il 30 gennaio 2020, il voto su questi progetti di emendamento da parte del Parlamento veniva rinviato fino al parere della Commissione di Venezia.

Le novità più importanti contenute nell'ultima versione del progetto di modifiche alla Legge n. 97/2013 possono così sintetizzarsi.

I progetti di emendamento prevedevano in primo luogo l'estensione dell'ambito di applicazione della legge alle pubblicazioni sui *media online*, una compiuta regolamentazione delle attività degli “*electronic publications service providers*” (modifiche agli artt. 1 e 2) e l'imposizione di ulteriori requisiti relativi ai contenuti dei media per gli ISP (modifiche all'articolo 33 co.1); veniva, peraltro, previsto l'ampliamento dei poteri dell'AMA e del Comitato per i Reclami, attribuendo loro il potere di vigilare sull'attuazione dei nuovi obblighi da parte degli EPSP (artt. 20 e 51 co. 1 e successive modifiche), oltre all'introduzione di nuove procedure per l'esame dei reclami relativi al contenuto delle pubblicazioni online (articolo 51 co.1 e successive modifiche) e di un diritto di rettifica o di replica in relazione alle pubblicazioni degli EPSP (art. 53 co. 1 e successive modifiche).

Veniva, infine, proposta l'introduzione di misure amministrative e sanzioni pecuniarie per chi contravviene alla legge (artt. 132-133 e successive modifiche).

Tali novelle alla legislazione vigente si sarebbero rese necessarie in ragione del notevole incremento del numero dei *media online* nella Repubblica d'Albania, con l'apertura di centinaia di portali di notizie.

Secondo le informazioni fornite dalle autorità di Tirana, infatti, nel Paese esistono oltre 700 portali di notizie.

⁷⁴ Law no. 91/2019 e 92/2019.

I profili d'allarme per il parlamento albanese sarebbero stati, invero, correlati al fatto che la maggior parte di questi nuovi *media online* sono del tutto anonimi, mentre solo circa 45 sono riconducibili a soggetti noti.

4.3.2. *L'ambito di applicazione della Legge n. 97/2013 e successive modifiche*

Il primo articolo della legge succitata, secondo le modifiche previste dagli emendamenti proposti stabilisce che “la presente legge regola i diritti, gli obblighi e le responsabilità delle persone fisiche e giuridiche che forniscono servizi audio, audiovisivi e di pubblicazione elettronica attraverso reti di comunicazione elettronica nonché la promozione del pluralismo dei media e altre questioni rilevanti per i servizi mediatici, in conformità con le convenzioni e gli standard internazionali”.

L'ambito di applicazione della legge è poi definito dall'articolo 2 novellato, il quale prevede che l'applicazione della disciplina *de qua* “alla radiodiffusione audiovisiva lineare, alla radiodiffusione audiovisiva non lineare, ai loro servizi di supporto e ai servizi di pubblicazione elettronica”.

Con le proposte di modifica degli articoli 1 e 2 della prefata Legge si è inteso tentare un ampliamento dell'ambito di applicazione della stessa ai “servizi di pubblicazione elettronica”, *media* che, allo stato, sono al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa sui media audiovisivi, applicabile alle sole emittenti “classiche”, come la radio e la TV lineari ma non anche alla stampa che, tanto allo stato quanto nella proposta di modifica, resterebbe non ricompresa nel campo di applicazione della legge, salvo in caso di pubblicazione *online* dei contenuti.

Sul punto, la Commissione di Venezia ha osservato che l'istituzione di un regime specifico applicabile solo alle versioni distribuite elettronicamente dei periodici genererebbe una disparità di trattamento giuridico tra contenuti del tutto identici.

Ai sensi dell'articolo 3 novellato, per *electronic publications service provider* si intende qualsivoglia “persona fisica o giuridica, identificata o meno come tale nel registro dei fornitori di servizi di media, che offre il servizio di [pubblicazioni elettroniche]”. Tale soggetto è, dunque, per quel che d'interesse assimilabile a talune delle figure di *provider supra* analizzate diffusamente, in un rapporto di *genus* (ISP) *ad speciem* (EPSP).

Infatti, il medesimo articolo chiarisce che le pubblicazioni elettroniche rilevanti ai fini dell'applicazione della legge *de qua* sono le “pagine web e/o portali in formato editoriale contenenti versioni elettroniche di mezzi scritti e/o informazioni provenienti dai media in modo accessibile al grande pubblico con l'obiettivo di intrattenere, informare e/o educare”.

È stato, tuttavia, osservato dalla Commissione di Venezia che una siffatta nozione parrebbe assai nebulosa e ampia, mettendo così a repentaglio la chiarezza e la prevedibilità dell'ambito di applicazione della legge. In particolare, non sarebbe chiaro se i singoli *blogger* o le persone che hanno pagine personali su piattaforme di *social network* (*Facebook, Instagram, Twitter* etc.) che pubblicano informazioni dai media sarebbero ricompresi o meno in tale definizione. Sul punto è stata, tuttavia, inviata dalle autorità di Tirana alla Commissione una nota informativa di interpretazione autentica, con la quale è stato precisato che non rientrerebbero in questa definizione le pubblicazioni elettroniche gestite da privati che non abbiano una forma editoriale né mirano a informare o intrattenere, o all'educazione del grande pubblico. Tale chiarimento non è, tuttavia, valso a sopire le perplessità della Commissione che ha osservato ulteriormente come il concetto di “modellamento editoriale” sia di per sé amorfo e che anche i *blog* ambiscano sovente ad essere considerati informativi o educativi.

Infatti, in un ambiente tecnologico in cui chiunque può porre in essere una pubblicazione elettronica senza competenze tecniche o professionali, anche i singoli *blogger* possono avere pagine formate editorialmente e contenenti informazioni tratte dai *media* con l'obiettivo di intrattenere, informare o educare, sicché una definizione legislativa così ampia determinerebbe l'estensione non solo ai media professionali della legge in parola, potendo così andare a impattare considerevolmente sulla libera condivisione di idee o opinioni per intrattenere, informare o educare il grande pubblico mediante pubblicazioni *online*⁷⁵.

Ciò potrebbe, infatti, produrre un effetto dissuasivo nei confronti dei privati che, per paura di possibili sanzioni lasciate alla discrezione dell'AMA, potrebbero desistere dal fruire degli strumenti di condivisione online.

⁷⁵ Cfr. Opinion no. 980 del 19 giugno 2020 della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto.

La Commissione di Venezia ha, pertanto, suggerito una modifica delle norme definitorie dell'ambito di applicazione della legge *de qua*, ipotizzando l'elencazione dei soggetti espressamente non assoggettati al controllo dell'AMA (quali utenti di *social network*, *blogger*, *vlogger*, autori di pagine *web* personali, ecc).

4.3.3. I doveri degli EPSP alla luce della possibile riforma della legislazione albanese

L'articolo 33 co.1 della normativa in esame stabilisce gli obblighi imposti agli EPSP e i diritti degli utenti.

Tra gli obblighi degli EPSP si annoverano l'obbligo di rivelare la propria identità, di pubblicare avvisi sui contenuti condivisi, di riconoscere il diritto di rettifica e di replica e il dovere di rispettare le norme sui contenuti, definite dalla legge in materia di discorsi incitanti all'odio e discriminatori e di protezione dei minori.

È, peraltro, previsto che gli EPSP non debbano incitare o «consentire l'incitamento o la diffusione dell'odio o della discriminazione per motivi di razza, origine etnica, colore della pelle, sesso, lingua, religione, contesto nazionale o sociale, situazione economica, istruzione, stato sociale, stato civile o familiare, età, stato di salute, disabilità, patrimonio genetico, identità di genere o orientamento sessuale».

Appare, tuttavia, evidente come la estrema elasticità di tale disposizione possa essere strumentalizzata per impedire qualsiasi commento critico nei confronti di personaggi pubblici, così sopprimendo ogni legittimo dibattito politico su questioni di interesse pubblico che può essere percepito da alcuni gruppi o individui come “discriminatorio”.

Peraltro, secondo i progetti di modifica, il mancato rispetto degli obblighi di cui all'articolo 33 potrà essere oggetto di una procedura amministrativa di reclamo *ad hoc* disciplinata dall'articolo 51 della legge.

Ai sensi del novellando articolo 51 si prevede, infatti, che l'EPSP sarebbe tenuto a vagliare e riscontrare motivatamente qualsivoglia reclamo presentato per iscritto da chiunque sostenga che le propalazioni pubblicate non sarebbero conformi rispetto a quanto previsto dal predetto articolo 33.

La persona che lamenti una violazione dell'articolo 33 sarebbe, in specie, legittimata a chiedere all'EPSP la rimozione del contenuto e in caso di rigetto del reclamo o di mancata risposta dell'EPSP entro 72 ore, l'interessato avrebbe la

possibilità di rivolgersi ad un apposito Comitato Reclami, il quale laddove dovesse ravvisare una violazione dell'articolo 33 avrebbe la facoltà di adottare misure adeguate – fra le quali il potere di ordinare la rimozione dei contenuti – e di applicare sanzioni.

Tuttavia, la possibilità di ordinare la rimozione dei contenuti pare essere limitata dall'articolo 132, paragrafo 5, ai contenuti che pedopornografici e ai contenuti che incoraggino atti terroristici o violino la sicurezza nazionale, pur non essendo – per vero – tali contenuti menzionati nel testo dell'articolo 33.

Conseguentemente, in sede di analisi delle proposte di novella, la Commissione di Venezia ha supposto che le disposizioni *de quibus* vadano lette nel senso che la procedura di reclamo definita nell'articolo 51 non consentirebbe al Comitato per i reclami di ordinare la rimozione di contenuti quando la questione controversa riguardi il mancato rispetto degli obblighi di cui all'articolo 33.

È stato, peraltro, osservato come non sia ben chiaro come detta procedura di reclamo, avente carattere amministrativo, si coordinerebbe con eventuali procedimenti penali o civili che possano sorgere dagli stessi fatti, atteso che tanto il Codice Penale quanto il Codice Civile dell'Albania prevedono già rimedi giuridici contro l'incitamento all'odio e la diffamazione.

Ciò che desta maggiore preoccupazione e maggiori perplessità è, infatti, l'estensione del suddetto procedimento amministrativo – originariamente concepito per monitorare l'attuazione da parte dei fornitori di media tradizionali degli obblighi derivanti dalla loro licenza – ai singoli utenti di *internet*, potendo detta procedura ben comportare un'ingerenza diretta nel loro diritto alla libertà di espressione.

Trattasi, infatti, di una procedura che attribuisce al comitato per i reclami la competenza di decidere nel merito di una questione che rientra nell'ambito della libertà di espressione e comporta un esercizio di bilanciamento tra diritti individuali concorrenti (articoli 8 e 10 della CEDU).

Sicché saremmo innanzi ad un organo amministrativo dotato di prerogative normalmente conferite alla sola autorità giudiziaria, avendo il potere di imporre misure o sanzioni che ben possono comprimere il diritto alla libertà di espressione.

Peraltro l'articolo 51 non stabilisce norme sul diritto di essere ascoltati o sull'ammissibilità delle prove o sul modo in cui le prove dovrebbero essere valutate,

sicché – ha osservato la Commissione di Venezia – quando tali contestazioni siano rivolte nei confronti degli EPSP, il collegamento tra responsabilità amministrativa e responsabilità penale o civile si rivelerebbe estremamente sfumato.

4.3.4. le misure volte al contrasto delle attività illecite degli EPSP

Altro tema che non può non essere analizzato ai fini del presente elaborato è quello afferente alle misure che, secondo le proposte di novella, sarebbero adottabili – a norma dell'articolo 132 modificato – nei confronti degli EPSP che abbiano posto in essere condotte in violazione della legge.

Detta disposizione, in specie, elenca diversi tipi di misure che possono essere adottate dall'AMA o dal comitato per i reclami. In particolare, l'articolo 132, al paragrafo 5, definisce le situazioni in cui l'AMA può ordinare la rimozione dei contenuti “secondo la specifica legislazione penale in vigore”.

Il potere di rimuovere i contenuti che rappresentano pornografia infantile, che “incoraggiano atti terroristici” o “violano la sicurezza nazionale”.

È stato opportunamente osservato come la mancanza di una definizione chiara nella legge in analisi di tali due ultime tipologie di contenuti potrebbe essere problematica, in quanto foriera di un potere piuttosto discrezionale delle suddette autorità.

Tuttavia, parrebbe possibile ipotizzare che per porre un argine a qualsivoglia arbitro sarebbe ragionevole ritenere sussistente un implicito rinvio alle relative disposizioni incriminatrici previste dal codice penale albanese o enucleate dalla giurisprudenza dei Tribunali albanesi in materia penale.

D'altra parte, se in linea di principio, si comprende che una misura preventiva rapida ed efficace possa rendersi necessaria quando una pubblicazione rappresenti una minaccia reale ed imminente per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, va tuttavia osservato che la rimozione dei contenuti si potrebbe rivelare una misura assai pericolosa per la libertà di parola.

Al fine di prevenire possibili abusi da parte delle autorità amministrative la disposizione ha previsto delle garanzie, fra cui la supervisione e il controllo da parte di un tribunale indipendente e imparziale che si pronunci sulle impugnazioni delle decisioni dell'AMA.

Detto tribunale sarebbe chiamato a valutare, in via preliminare, se sospendere o mantenere valida la statuizione delle autorità amministrative durante il procedimento di ricorso.

La Commissione di Venezia ha criticamente osservato sul punto che l'articolo 132 non definirebbe in modo sufficientemente chiaro i criteri di scelta delle misure adottate, lasciando così un eccessivamente ampio margine di discrezionalità al comitato per i reclami e all'AMA, non essendo, peraltro chiaro se le sanzioni possano essere applicate solo nel caso in cui l'EPSP rifiuti di attuare altre misure ordinate dal Comitato per i Reclami o dall'AMA o anche parallelamente a tali misure.

Pur essendo di minor interesse nell'ottica del presente elaborato, va rilevato come paia piuttosto problematico per la libertà dei *media* nel contesto albanese altresì la natura gravemente afflittiva delle sanzioni pecuniarie previste.

Infatti, ai sensi dell'articolo 133, gli EPSP potrebbero essere puniti con un'ammenda da 100.000 ALL (circa 810 EUR) a 600.000 ALL (circa 4.865 EUR) laddove non rispettino i loro doveri da 40.000 ALL (circa 324 euro) a 800.000 ALL (circa 6.482 euro) laddove non rispettino le decisioni del Comitato Reclami o non si attengano al diritto di replica. Peraltro, in caso di tre violazioni della legge in un anno sarebbe previsto un aumento fino al 50% dell'importo della sanzione e in caso di più di cinque violazioni nell'arco di un anno si prevederebbe la perdita dei benefici fiscali per un periodo di tre anni per l'ente.

Quanto appena rappresentato dà la misura della estrema afflittività delle suddette sanzioni essendo, peraltro, previsto un ampio margine di discrezionalità delle autorità nel fissare l'importo esatto, pur se entro i limiti fissati dalla legge. I progetti di modifica, infatti, non contengono criteri in base ai quali determinare l'importo dell'ammenda caso per caso e, peraltro, nella quantificazione delle sanzioni non è previsto che si debba tener conto delle dimensioni e della capacità economica degli EPSP.

Per essere proporzionate, è necessario tenere conto della natura e della gravità delle ammende inflitte, e la gravità dovrebbe essere decisa, tra l'altro, tenendo conto delle dimensioni del mezzo di informazione. Sicuramente bisogna fare una distinzione tra le pubblicazioni online di potenti case mediatiche e i blog personali.

Sul punto, la Commissione di Venezia, ha opportunamente osservato come già solo la semplice minaccia di applicazione di siffatte sanzioni può avere un effetto dissuasivo sui giornalisti e sui media, potendo le pesanti ammende previste dall'articolo 133 determinare per molti EPSP non particolarmente solidi economicamente la cessazione delle loro attività. La medesima commissione ha, peraltro, criticato la previsione che tutte le sanzioni inflitte dal Comitato per i Reclami dovrebbero essere pagate immediatamente, atteso che il ricorso avverso la decisione non sospenderebbe *de plano* l'esecuzione della decisione (articolo 132, paragrafo 6), con conseguenti possibili frizioni di un siffatto procedimento con le garanzie fondamentali per di giusto processo previste dalla Convenzione EDU e dai principi fondamentali sanciti dalla carta dei diritti UE.

4.3.5. Chiose finali sulla disciplina d'oltre Adriatico

Una volta resa una panoramica di insieme sul diritto positivo e sulle recenti prospettive *de lege ferenda* nella Repubblica d'Albania, occorre trarre delle conclusioni da quanto sin qui riportato.

L'analisi della normativa *de qua* è stata, all'evidenza di estremo interesse ed utilità ai fini della ricerca e, tuttavia, appare evidente come le soluzioni adottate dal Legislatore di Tirana non fossero certamente pienamente condivise né dai consociati né dalla comunità internazionale.

Se, infatti, da un lato non è affatto peregrina la previsione di un sistema di *take down* dei contenuti illeciti postati sul *web*, dall'altro, appare evidente come le soluzioni ipotizzate nelle proposte di novella avanzate in Albania non fossero ottimali in ragione della estrema vaghezza delle stesse e dell'attribuzione di poteri di rimozione ad autorità non giurisdizionali, con conseguenti rischi per la libera manifestazione del pensiero.

5. Prospettive *de lege ferenda*: verso una compiuta regolamentazione delle responsabilità penali correlate alle propalazioni a mezzo *media*

Cercando di trarre le opportune conclusioni dalla accurata disamina della disciplina italiana resa nei precedenti capitoli e delle chiose comparatistiche rese nel presente, è giunto il momento di ipotizzare delle possibili prospettive *de iure condendo*.

La necessità di una riforma della disciplina in parola si rivela assai pressante in ragione del fatto che la deflagrante capacità di divulgazione dei contenuti offensivi offerta a mezzo internet determina un elevato grado di pericolo o di lesione per gli svariati beni giuridici oggetto di tutela da parte delle norme analizzate nei capitoli che precedono.

L'immaterialità dello spazio virtuale rende, peraltro, assai problematica l'individuazione del *locus commissi delicti*, della corretta giurisdizione e del giudice competente per territorio, e soprattutto rende assai difficoltosa l'identificazione dei soggetti agenti che celandosi dietro pseudonimi o identità false rendono piuttosto complesso addivenire ad una ascrizione di responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio.

Tale difficoltà spiega – ma, si badi bene, non giustifica affatto – la tendenza di certa della giurisprudenza, fortunatamente minoritaria, all'ascrizione in capo ai providers di forme di responsabilità sostanzialmente per fatto altrui⁷⁶.

Proprio da tali questioni problematiche prendeva le mosse disegno di legge Costa, arenatosi nel 2015 all'esito di un lungo *iter legis* iniziato alla Camera dei Deputati nel lontano 2013, anche a causa di una forte opposizione della categoria dei giornalisti⁷⁷.

Per quanto d'interesse ai fini della presente trattazione, il disegno di legge in parola prevedeva l'estensione alle testate *online* di tutte le norme previste per la stampa tradizionale in materia penale, con conseguente ampliamento dell'ambito di applicabilità tanto della circostanza aggravante prevista dall'art. 13 della L. 47/1948 quanto all'ipotesi di responsabilità colposa *ex art. 57 c.p.* del direttore responsabile per omesso controllo delle pubblicazioni.

Una simile previsione avrebbe potuto essere un buon punto di partenza ma non sarebbe stata certamente la soluzione normativa definitiva – se mai potrà esservene una – atteso che il disegno di legge in parola avrebbe interessato esclusivamente le testate online, mentre nulla avrebbe modificato della normativa applicabile a tutto il resto del *web*, restando esclusi dall'ambito di applicazione della

⁷⁶ F.P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 380.

⁷⁷ V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social network*, UTET giuridica, 2016.

novella *social network*, *blog*, *forum* e, in generale, tutti i siti *web* non qualificabili come testate periodiche online⁷⁸.

Lo scrivente, pur ritenendo del tutto inopportuna la deriva panpenalistica che affligge l'ordinamento italiano nelle ultime decadi, ritiene, in ogni caso, del tutto imprescindibile un'evoluzione della normativa vigente in materia di responsabilità penale dei *providers* attesa la estrema rilevanza costituzionale dei beni giuridici messi in pericolo e irrimediabilmente lesi dalle propalazioni effettuate a mezzo *media*⁷⁹.

Come anticipato, un primo passo potrebbe essere quello di estendere la disciplina applicabile alla carta stampata altresì alle testate (*stricto sensu*) *online*.

Detti *media*, infatti, svolgono la medesima funzione, prevedono l'esistenza della figura del direttore responsabile, sono assoggettati ai medesimi oneri di registrazione presso le cancellerie dei tribunali, hanno una struttura organizzativa piuttosto simile.

Conseguentemente, prevedere una disciplina penalistica differenziata – o sopperire in via pretoria alla disparità sussistente al livello normativo – non pare una soluzione ad oggi ragionevole.

È stato, infatti, opportunamente osservato come confligga con i principi espressi dall'art. 3 della Carta costituzionale la previsione di un trattamento sanzionatorio diversificato per il giornalista che abbia pubblicato il proprio articolo sulla versione cartacea oppure su quella *online* dello stesso giornale⁸⁰.

Tantomeno giustificabile è la previsione di una responsabilità differenziata per il direttore responsabile, chiamato a rispondere di omesso controllo solo nella ipotesi in cui sia a capo di una testata tradizionale cartacea e non anche di una *online*.

Vero è, infatti, che sono condivisibili i rilievi di parte della dottrina circa la difficile esigibilità di un obbligo di controllo preventivo sulle pubblicazioni *online*⁸¹ ma vero è anche che la fattispecie di cui all'art. 57 prevede una fattispecie colposa

⁷⁸ F.P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 380.

⁷⁹ In senso parzialmente critico si veda D. PETRINI, *Diffamazione online: offesa recata con "altro mezzo di pubblicità" o col mezzo della stampa?*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, 1492.

⁸⁰ Pur essendosi considerevolmente assottigliate le differenze tra le due discipline sanzionatorie all'esito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 47/48.

⁸¹ G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004.

volta a sanzionare – in buona sostanza – la colpa d’organizzazione del direttore che non abbia previsto un opportuno sistema di controlli del materiale diffuso sulla testata di cui lo stesso è responsabile.

Va, infatti, rilevato che non può non effettuarsi un dovuto distinguo tra la mole di articoli pubblicati quotidianamente sulle testate (*stricto sensu*) *online* (spesso comparabile in termini numerici al numero di articoli pubblicati sulla versione stampata, laddove esistente, del medesimo quotidiano, fatte salve le c.d. *flash news*) e la mole di contenuti veicolati da altre tipologie di piattaforme, quali i *social* o taluni *blog*.

Sicché, da un lato, pare del tutto imprescindibile l’equiparazione della carta stampata alle testate *online* dall’altro – seppur con i dovuti *caveat* – non appare affatto ragionevole che vi sia un trattamento differenziato – quantomeno sotto il profilo sanzionatorio – tra carta stampata e *social network*.

È stato, infatti, osservato come sia del tutto «inattuale che la diffamazione su *social network* possa essere sanzionata con una pena inferiore a quella comminabile per quella commessa con il vecchio mezzo di comunicazione di massa, la stampa⁸²»⁸³.

D’altra parte, le fattispecie commesse in rete sono più che idonee a mettere in pericolo in misura straordinariamente maggiore il bene giuridico protetto, posto che internet consente una elevatissima diffusione dei dati, con la produzione di effetti devastanti per la vittima⁸⁴.

Il contenuto diffuso in rete, una volta messo a disposizione del pubblico, diventa infatti illimitatamente accessibile ad una elevatissima congerie di utenti di tutto il globo, i quali possono visualizzare e condividere facilmente lo stesso e determinare un effetto moltiplicatore di diffusione in ragione degli algoritmi utilizzati dai motori di ricerca.

⁸² Per la verità tale riflessione perde parzialmente d’attualità in seguito alla sentenza C. Cost. 150/2021 che ha sostanzialmente equiparato i trattamenti sanzionatori per le due fattispecie.

⁸³ F.P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell’epoca dei social network*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 382.

⁸⁴ *Ibidem*.

Pare, infatti, ben rendere l'idea la locuzione “eternità mediatica” utilizzata dalla Suprema Corte con riferimento agli effetti irreversibili della condivisione *online* di una provalazione⁸⁵.

Come parzialmente anticipato, le osservazioni rese in merito alla responsabilità dei direttori delle testate *online*, invece, non possono *tout court* essere estese ai gestori di uno spazio *web* qualsiasi e dunque a tutte le categorie di *providers*.

Allo stato è, infatti, assai difficoltoso ritenere che gli stessi siano titolari di una vera e propria posizione di garanzia, tanto in quanto pare difficilmente ipotizzabile esigere tecnicamente per i gestori di un *sito web* un previo controllo sui contenuti postati dai lettori, mediante una approvazione preventiva di ciascuno di essi, quanto in ragione della – generalmente condivisa – ideologia del *web*, inteso come uno spazio di libertà.

Molti⁸⁶ ritengono, infatti, che *internet* debba rimanere uno spazio libero, dove tutti possono esercitare liberamente i propri diritti, senza censure né controlli sicché gli ISP non dovrebbero in alcun modo assumere il ruolo di censori ma solo quello tecnico di gestione della rete⁸⁷.

Il principio di autodeterminazione dei consociati imporrebbe una massima libertà per gli stessi di sfruttare le enormi potenzialità del *web* per qualsiasi fine, che sia lecito e persino costituzionalmente garantito – si pensi alla libertà di manifestazione del pensiero o di associazione – o sia illecito, pur non potendosi, in tal caso sottrarre alla potestà punitiva dell'ordinamento.

Sulla scorta di tale principio è stata approntata la – *supra* analizzata – disciplina di cui al D.Lgs. 70/2003, di attuazione della direttiva europea sul commercio elettronico, per cui i vari ISP sono tendenzialmente irresponsabili per le condotte illecite realizzate da utenti sul *web*, non parendo gli stessi – allo stato – gravati da alcuna posizione di garanzia, non avendo alcun un obbligo di impedire che

⁸⁵ F. CAPRARO– A. PINTO, *Forum di discussione online, diffamazione e responsabilità: che ruolo gioca il webmaster?* in *Riv. pen.*, 2009, i quali rilevano come, tuttavia, un adeguamento della normativa non possa prescindere da una previa valutazione delle specifiche peculiarità delle varie tipologie di servizi offerti dalla rete.

⁸⁶ A. MASSERA – G. SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Laterza, 2016.

⁸⁷ *Ex plurimis* A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano, in Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012, 15.*

gli utenti commettano reati, ma il mero obbligo di denuncia nel caso in cui vengano a conoscenza di attività illecite negli spazi dagli stessi gestiti, e di successiva rimozione dei contenuti offensivi su ordine delle autorità⁸⁸.

Ad oggi, appare, tuttavia, indispensabile trovare un corretto bilanciamento tra libertà del *web* e sicurezza sul *web* «perché la rete non diventi un luogo dove tutto è concesso e nulla è sanzionato; pertanto, sarebbe preferibile imporre ai *providers* quantomeno un obbligo di collaborazione con le autorità competenti, alle quali dovrebbero fornire tutti le informazioni in loro possesso, anche per risalire all'utente autore del fatto criminoso»⁸⁹.

Una prima, possibile, soluzione alle sacche di impunità penale che sarebbero allo stato sussistenti in ragione delle difficoltà di accertamento dell'identità degli autori di reati commessi a mezzo *web* potrebbe essere quella di prevedere una maggiore limitazione del diritto all'anonimato del singolo utente all'atto di registrazione alle varie piattaforme *web*, sicché il *provider* possa conservare una banca di dati di identificazione utilizzabile ai soli fini di collaborazione con le autorità amministrative e giudiziarie in caso di reati⁹⁰.

In tal modo, infatti, l'identificazione consentirebbe di risalire, mediante la collaborazione degli ISP, all'autore materiale della condotta di reato, ferma restando la eventuale responsabilità del *provider*, penale nelle ipotesi in cui si ravvisi un concorso doloso nella diffamazione.

Ciò posto, non resta che entrare nel merito di uno dei principali temi d'analisi del presente elaborato: l'elaborazione di un compiuto apparato di norme volte sanzionare le condotte omissive dei *providers* e, conseguentemente, a presidiare penalmente gli svariati beni giuridici facilmente oggetto di lesione a mezzo *media*.

⁸⁸ *Contra* Cass. Pen., Sez. II, 17 luglio 2016, n. 54946.

⁸⁹ F.P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023, p. 382.

⁹⁰ G. CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000, secondo cui sarebbe auspicabile un "anonimato parziale", in quanto il diritto a non svelare la propria identità dovrebbe essere recessivo di fronte alle esigenze di accertamento di un reato.

5.1 La responsabilità omissiva degli ISP: la prospettiva dell'Autore in un'ottica de lege ferenda

5.1.1. Sull'ipotizzabilità di una responsabilità omissiva impropria degli ISP

È stato *supra* evidenziato – *sub par.* 3 del presente capitolo – come sia piuttosto difficoltoso ritenere, *de iure condito*, sussistente una generalizzata posizione di garanzia in capo agli ISP, non sembrando particolarmente convincenti gli orientamenti giurisprudenziali che avallano delle responsabilità penali degli ISP, in quanto non individuano in maniera opportuna la base giuridica su cui fondare la posizione di garanzia né il rapporto eziologico tra la condotta del *provider* e l'evento del reato (già integratosi in ragione delle condotte degli utenti).

Lo scrivente ha più volte sottolineato che, per vero, soprattutto con l'avvento del *DSA* europeo, parrebbero sussistere dei margini per ipotizzare una posizione di garanzia dell'ISP non tanto con riferimento agli obblighi di *notice* quanto piuttosto con riferimento a quelli di *take down*.

Parrebbe, infatti, sussistere un dovere di impedimento (mediante la rimozione del contenuto) da parte dell'ISP della protrazione del reato commesso dall'utente.

Quel che convince poco lo scrivente sono gli evidenti limiti di una costruzione della responsabilità dell'ISP in concorso con l'utente.

In primo luogo, tale condotta omissiva dell'ISP si verificherebbe quando il reato commesso dall'utente si è già perfezionato e, dunque, parrebbe essere eziologicamente irrilevante rispetto all'evento del reato stesso.

Sicché la responsabilità omissiva dei *providers* sarebbe ipotizzabile unicamente con riferimento alle fattispecie qualificabili come permanenti e non anche come istantanee (e tale sarebbe la diffamazione, secondo la maggior giurisprudenza e dottrina), in quanto in tale seconda ipotesi la condotta di omessa rimozione dell'ISP dovrebbe essere qualificata come mero *post factum* del tutto non incidente sul nesso di causalità tra condotta tipica ed evento del reato.

In secondo luogo sarebbe assai complesso andare a verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, non potendosi in alcun modo imputare surrettiziamente la negligente omessa rimozione a titolo di concorso doloso.

Infine, non si potrebbe in alcun modo ipotizzare un concorso dell'ISP nelle fattispecie a forma vincolata (es. in materia di diritto d'autore o di *privacy*) in quanto

la condotta di omessa rimozione non sarebbe quella tipicamente prevista dalla fattispecie.

Conclusivamente, pur parendovi essere delle possibili basi per ritenere sussistente un obbligo giuridico di impedimento della protrazione delle conseguenze del reato commesso dagli utenti, sono svariate le perplessità che portano lo scrivente a ritenere che non sia del tutto opportuno prevedere una responsabilità omissiva impropria dell'autore a titolo di concorso nel delitto commesso da parte di terzi.

Ne consegue che occorre ipotizzare quali potrebbero essere le possibili soluzioni valide ad evitare una – indebita ad avviso dello scrivente – area di impunità per i *providers* che con le proprie condotte concorrano *de facto* all'aggravamento delle conseguenze dell'illecito posto in essere dagli utenti del *web*.

Ritenuta poco opportuna la contestazione all'ISP del concorso *ex artt.* 110 e 40 cpv. c.p. nel reato dell'utente, occorre interrogarsi circa la possibilità di ipotizzare un altro tipo di responsabilità omissiva impropria del *provider*, spingendosi su terreni privi di alcun riscontro giurisprudenziale.

In particolare, occorre interrogarsi se – in luogo della contestazione del concorso omissivo nel delitto dell'utente – possa essere contestato al *provider* il delitto di favoreggiamento personale in forma omissiva.

Tale soluzione parrebbe (solo *prima facie*) possibile in ragione dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte⁹¹, che pare, oramai, ammettere la configurabilità dello stesso anche mediante un *non facere*⁹² antidoveroso, nel caso di specie l'omessa rimozione.

E tale *non facere* parrebbe, almeno all'apparenza, integrabile le varie omissioni degli obblighi di *notice e take down* previsti dalla normativa vigente.

Tuttavia, parrebbe allo scrivente che una siffatta conclusione, per vero, difficilmente conciliabile con le scelte di politica legislativa che hanno portato all'introduzione di svariate disposizioni volte a sanzionare *ad hoc* simili omissioni.

⁹¹ *Ex plurimis* Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2004, n. 31346.

⁹² La possibilità di realizzare omissivamente il delitto di favoreggiamento personale è tema assai discusso in dottrina e non pare opportuno trattarla *funditus* nell'economia del presente elaborato.

L'osservazione appena resa trova conforto in parte della dottrina che – in un'ottica condivisibile – osserva che «ragioni di natura sistematica parrebbero ostare a tale conclusione»⁹³.

In primo luogo, infatti, l'art. 14 *ter* l. 269/1998 prevede una mera sanzione amministrativa pecuniaria per l'ISP che ponga in essere delle violazioni degli obblighi di comunicazione al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia di quanto a sua conoscenza in ordine a «imprese o soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico», nonché, su richiesta del Centro, di «ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti».

Una simile scelta legislativa pare escludere – anche in virtù dei principi di specialità e di *extrema ratio* dello strumento penale – di escludere che il legislatore ritenesse che il mero inadempimento dei suddetti obblighi da parte dell'ISP potesse integrare il delitto di favoreggiamento.

In secondo luogo, va rilevato come gli obblighi di cui al comma 5 dell'art. 1 del D.L. 72/2004 sono espressamente sanzionati dal comma 7 della medesima disposizione.

Infine, quanto alle omissioni relative alle comunicazioni previste dall'art. 17 D.Lgs. 70/2003, parrebbe evidente l'intenzione del Legislatore di prevedere per tali violazioni, al comma 3 della medesima disposizione, una mera responsabilità civile dell'ISP.

Pertanto, è stato osservato⁹⁴ come la violazione dell'art. 17 non sia neppure richiamata dall'art. 21 del D.Lgs. 70/2003 tra le disposizioni cui consegue una sanzione amministrativa.

Va infine rilevato che nessuna utilità avrebbe avuto la novella, ad opera della l. 38/2006, dell'art. 14 *ter* l. 269/1998, che – norma speciale rispetto al citato art. 17

⁹³ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

⁹⁴ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

D.Lgs. 70/2003 – prevede «salvo che il fatto costituisca reato, la violazione degli obblighi di cui al comma 1 comporta una sanzione amministrativa pecuniaria».

Laddove il Legislatore avesse ipotizzato l'applicazione di sanzioni penali per l'ISP che avesse ommesso di comunicare informazioni relative a reati di cui fosse a conoscenza non avrebbe, infatti, introdotto una sanzione amministrativa volta a sanzionare le medesime condotte.

Conclusivamente, osserva lo scrivente, come – per le svariate ragioni evidenziate nell'intero elaborato e *supra* sintetizzate – paia assai difficile ipotizzare dei futuri sviluppi della responsabilità penale dell'ISP secondo lo schema dei reati omissivi impropri, dovendosi, per converso, optare per diverse forme di responsabilità.

5.1.2. Responsabilità omissiva propria degli ISP ex artt. 388 o 650 c.p.: possibile soluzione all'inerzia del legislatore?

Una volta messa da canto la prospettiva di una responsabilità omissiva impropria dei *providers* in relazione ai reati posti in essere dagli utenti, occorre – ancora una volta – interrogarsi su quale possa essere lo strumento normativo adatto a sanzionare eventuali contegni omissivi degli ISP.

Onde superare la problematica questione circa l'individuazione di una base legale da cui desumere l'esistenza di una vera e propria posizione di garanzia in capo all'ISP, si potrebbe ipotizzare di sanzionare le condotte omissive dei *providers* mediante fattispecie *ad hoc*, sotto forma di reati omissivi propri.

Quasi ultroneo rammentare che il reato omissivo proprio, per come ben definito dalla dottrina tradizionale, si sostanzia nel «non compimento, da parte di un soggetto, di una determinata azione, che era da attendersi in base ad una norma»⁹⁵, sicché simili fattispecie parrebbero ben attagliarsi ai contegni omissivi degli ISP.

In quest'ottica si potrebbe ipotizzare⁹⁶ l'applicabilità in caso di omissione degli obblighi di denuncia o di rimozione all'accesso del materiale illecito posti a

⁹⁵ F. GRISPSIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 451.

⁹⁶ D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per ommesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 317; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale del provider tra applicazione della normativa sulla stampa ed esigibilità del controllo sui contenuti di internet*, in *Giust. Pen.*, 2011.

carico dei *providers* delle fattispecie imperniate sull'omesso adempimento di un provvedimento dell'autorità (artt. 388⁹⁷ e 650 c.p.)⁹⁸.

Ciò, in particolare, laddove l'ISP non ottemperi a quanto previsto dagli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, D.Lgs. 70/2003, 14 *quater* l. 269/1998, 1, comma 6, D.L. 72/2004 e 163 l. 633/1941 che impongono ai *providers*, su richiesta dell'autorità competente, di rimuovere dai propri *server* il materiale illecito memorizzato e di inibire l'accesso a siti contenenti tali dati o informazioni.

Parte della dottrina⁹⁹ ha ipotizzato che la violazione di tali obblighi possa integrare il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, soluzione che, per vero, non convince particolarmente altri autori¹⁰⁰ e neppure lo scrivente.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, occorre escludersi che il delitto *de quo* possa essere integrato dalla mera inottemperanza di un obbligo stabilito giudizialmente, trattandosi di fattispecie a forma vincolata che richiede la realizzazione di atti fraudolenti diretti ad eludere i predetti obblighi.

Altri autori hanno, invece, ipotizzato l'applicabilità dell'art. 650 c.p.¹⁰¹, contravvenzione volta a punire, anche a titolo colposo, l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità emessi per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica.

Sul punto è stato, tuttavia, osservato come ragioni di carattere sistematico – al pari di quanto già visto *supra* con riferimento all'ipotizzabilità del favoreggiamento

⁹⁷ L. BISORI, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale III*, Giappichelli, 2008; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, IV ed., 2009, Cedam, pp. 346 e ss.; I. MANNUCCI PACINI, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, Giuffrè, art. 388, pp. 3985 e ss.

⁹⁸ Sul punto si veda A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012, 15.

⁹⁹ L. BISORI, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale III*, Giappichelli, 2008; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, IV ed., 2009, Cedam, pp. 346 e ss.; I. MANNUCCI PACINI, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, Ipsoa, art. 388, pp. 3985 e ss.

¹⁰⁰ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

¹⁰¹ F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, Ipsoa, art. 650, pp. 6613 e ss.

omissivo – parrebbero escludere l’opportunità dell’applicazione a tali fattispecie della contravvenzione citata.

Infatti, l’art. 14 *quater* sanziona il mancato filtraggio dei siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia con la sola sanzione amministrativa pecuniaria. Trattasi di una disposizione speciale rispetto all’art. 650 c.p. e, dunque, sarebbe ostativa all’applicazione della *lex generalis*¹⁰².

Quanto appena affermato pare confortato altresì dalle previsioni di cui all’art. 1, D.L. 72/2004, co. 6 e 7, disposizione volta a sanzionare con la stessa sanzione amministrativa prevista per il citato art. 14 *quater* il mancato filtraggio dei siti che immettono in rete materiale coperto dal diritto d’autore e l’omessa rimozione di tale materiale.

Gli artt. 14, co.3, 15, co.2, 16, co.3, D.Lgs. 70/2003, nel riconoscere una responsabilità penale in capo all’ISP, riemergono le criticità già correlate all’art. 17 del medesimo decreto, in relazione ai principi di legalità e sussidiarietà.

E ancora, medesimo discorso potrebbe essere effettuato anche per l’art. 163 l. 633/1941, in materia di omissioni determinanti la protrazione di violazioni in materia di diritto d’autore.

Sicché, ad avviso di molti¹⁰³, sarebbe del tutto irrazionale un sistema che incriminasse *ex art.* 650 c.p. l’ISP che non rimuova pagine dal contenuto diffamatorio – in assenza di *lex specialis* volte a sanzionare tale condotta sul piano amministrativo – e punisca, per converso, con sanzioni meramente amministrative le omissioni del *provider* permettano agli utenti della rete di accedere e diffondere materiale pedopornografico o lesivo del diritto d’autore.

Conclusivamente non parrebbe opportuno estendere in via ermeneutica o pretoria l’applicazione delle fattispecie omissive proprie di cui agli artt. 650 e 388 c.p. agli ISP nel caso di omissione di *notice* o *take down* dei contenuti illeciti, parendo

¹⁰² A. INGRASSIA, *Il ruolo dell’ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012; F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, Ipsoa, art. 650, pp. 6613 e ss.

¹⁰³ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell’ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

ben differente l'intenzione del Legislatore che ha introdotto specifiche previsioni sanzionatorie ad *hoc* sul piano amministrativo.

5.1.3. Per una responsabilità omissiva propria degli ISP: la mala gestio delle segnalazioni e la sciente violazione dell'obbligo di take down

Quanto sin qui rappresentato rende perfettamente l'idea di come l'ordinamento italiano paia, almeno allo stato, rifuggire dall'attribuzione in capo all'ISP di un ruolo di controllore del *web*, attesa l'irrinunciabilità della libertà di manifestazione del pensiero, con conseguente impossibilità di ritenere ipotizzabili dei vagli preventivo delle pubblicazioni e del rispetto dei fondamentali principi di legalità e colpevolezza, che precludono di addebitare ad un soggetto il mancato impedimento di un reato commesso da altri consociati, non essendo stata prevista alcuna una norma che fondi un simile obbligo o che attribuisca ai *providers* un potere giuridico idoneo a scongiurare in via preventiva l'illecito altrui¹⁰⁴.

Il Legislatore italiano ha, infatti, dimostrato una certa ritrosia nel prevedere una criminalizzazione dell'ISP, non tipizzando fattispecie di reato proprie dei *provider*, valorizzando, nell'ottica della risposta sanzionatoria agli illeciti.

Tuttavia, come anticipato, parte della giurisprudenza – ritenendo di doversi far carico dell'esigenza politico-criminale di non trasformare la rete nella «*sconfinata prateria di internet* dove tutto è permesso e niente può essere vietato una sorta di zona franca, che renderebbe immune dalla giurisdizione penale i siti elettronici»¹⁰⁵ – è parsa incline a responsabilizzare in via pretoria l'ISP, mediante decisioni fondate su un'ermeneutica delle fattispecie difficilmente compatibile con il divieto di analogia in *malam partem*.

Lo scrivente ritiene, tuttavia, imprescindibile l'attribuzione in capo ai *providers* di un ruolo di co-tutori dell'ordine sul *web*, rendendosi necessario un bilanciamento tra il diritto di manifestazione del pensiero e la tutela dei diritti fondamentali dei consociati.

¹⁰⁴ G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, L. PICOTTI (a cura di), CEDAM, 2004.

¹⁰⁵ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

E di tale esigenza di una maggior disciplina e di un presidio da parte dei *providers* è parso ben consapevole il Legislatore europeo, intervenuto recentemente emanando il *DSA*.

Se, infatti, da un lato non pare possibile – né opportuno – imporsi una censura preventiva, dall'altro, una volta emersa la sussistenza di una fattispecie di reato commessa da un utente parrebbe opportuno obbligare il *provider* ad una stringente collaborazione finalizzata a ridurre gli effetti disvoluti dell'illecito e ad individuarne gli autori.

Alcuni autori hanno, per vero, osservato¹⁰⁶ come una criminalizzazione dell'ISP in relazione a simili omissioni non parrebbe auspicabile neppure in una prospettiva *de iure condendo*.

Sul punto lo scrivente concorda solo parzialmente.

Vero è, infatti, che la criminalizzazione dell'ISP non possa e non debba essere realizzata in via pretoria, attraverso interpretazioni analogiche di fattispecie legali già esistenti contro le linee di politica-criminale del Legislatore, in quanto simili pronunce sarebbero lesive dei principi di legalità, sussidiarietà e specialità, avendo il Legislatore ritenuto tali condotte violative degli obblighi di collaborazione meritevoli di una mera sanzione amministrativa o risarcitoria, la cui azionabilità è rimessa alla volontà di chi dovesse ritenersi danneggiato.

Vero è anche che – in un'ottica di sussidiarietà penale¹⁰⁷ – l'incriminazione delle condotte si dovrebbe ipotizzare solo laddove la risposta amministrativa o civilistica alle violazioni degli obblighi di cooperazione dovesse risultare inefficace.

Appare, tuttavia, non condivisibile quanto affermato da parte della dottrina per cui «le elevate sanzioni amministrative pecuniarie dirette all'ISP come ente

¹⁰⁶ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

¹⁰⁷ Sul punto si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 91, per cui «il banco di prova di un diritto penale *ultima ratio* [è] costituito da una prevenzione extrapenale esistente come impegno concreto, e che abbia rivelato la sua palese inadeguatezza: solo dopo questa verifica potremo dire che con la pena minacciata non stiamo “strumentalizzando” la libertà dell'autore del fatto al fine di implementare la vigenza di una regola».

giuridico, quali quelle di cui agli artt. 14 *ter* e *quater* l. 269/1998, siano più dissuasive dell'ennesimo uso meramente simbolico del diritto penale^{108»109}.

Pur ritenendosi del tutto indebite le tendenze panpenalistiche¹¹⁰ che connotano le scelte di politica legislativa degli ultimi anni, lo scrivente ritiene, invero, imprescindibile la previsione di una risposta sanzionatoria da parte della legislazione penale a tutela di beni giuridici di estremo rilievo, quali quelli in gioco nel caso di illeciti commessi a mezzo *web* e, ancor più, nel caso di inadempimento di obblighi di rimozione imposti dall'autorità.

In particolare, si avrà modo di argomentare *infra*, che una possibile soluzione per temperare il vuoto di tutela penale allo stato sussistente con riferimento alle condotte omissive degli ISP potrebbe essere quella di prevedere delle fattispecie omissive proprie correlate alla violazione di precipui doveri di *take down*.

Preliminarmente, si ritiene, dunque, utile analizzare l'unica (o quasi, attesa la recentissima introduzione, a norma del D.Lgs. 107/2023 di una ulteriore procedura di tal fatta per le ipotesi di cyberterrorismo) previsione analiticamente disciplinante meccanismi di *notice and take down* nella legislazione italiana.

La legge 29 maggio 2017 n. 71, in materia di tutela dei minori e di prevenzione e contrasto del fenomeno del *cyberbullismo* ha previsto la possibilità per il minore ultraquattordicenne o per il soggetto responsabile dello stesso di inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore stesso diffuso in *internet* laddove sia stato vittima di *cyberbullismo sub species* di uno degli illeciti riconducibili *ex art. 1 c. 2 L. n. 71/2017*.

¹⁰⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 475 ss.

¹⁰⁹ Si dissente, in particolare, da quanto affermato da A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.

¹¹⁰ C. CUPELLI, *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sistema Penale*, 17 novembre 2022, su www.sistemapenale.it; C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Penale Diritto e Procedura*, 13 gennaio 2023, su www.penedp.it.

È stato, tuttavia, opportunamente osservato¹¹¹ come tale meccanismo di segnalazione presenti alcuni limiti in quanto riguarda esclusivamente i dati personali diffusi *online* che ledono la personalità dei minori¹¹² e in quanto non viene scandito in modo dettagliato l'obbligo di rimozione a carico dell'ISP.

Sicché, allo stato, in caso di mancata attivazione, gli ISP saranno sanzionabili solamente laddove non adempiano agli obblighi imposti dal Garante, adito successivamente dalla vittima, ex art. 170 D.lgs. n. 196/2003.

La legge n. 71/2017 non prevede, infatti, un impianto sanzionatorio *ad hoc*, gli ISP e, dunque, anche laddove non rimuovano i contenuti segnalati entro le 24 ore dalla segnalazione, anche nel caso in cui si tratti di un contenuto manifestamente illecito e lesivo per la dignità e la personalità del minore, non sono chiamati a rispondere in alcun modo sul piano penalistico.

Altro *punctum dolens* della disciplina *de qua* attiene al fatto che si rivolga al “gestore del sito internet”, definito all'art. 1 c. 3 della legge sul *cyberbullismo* come il prestatore di servizi della società dell'informazione «*diverso da quelli di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (...)*», sicché saranno esclusi dall'applicabilità della normativa gli ISP che prestino servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*.

Tale scelta legislativa appare quantomeno opinabile considerando che pacificamente i gestori dei *social network* sono da qualificare quali *hosting provider*¹¹³.

Probabilmente un simile impianto normativo è frutto dell'intento del Legislatore di affrontare il fenomeno del *cyberbullismo* in via preventiva, piuttosto che attraverso una regolamentazione puntuale di sistemi rimediali e sanzionatori¹¹⁴.

¹¹¹ B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

¹¹² G.G. CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in *Dir. inform.*, 2017, p. 733.

¹¹³ M. SENOR, *Un primo commento alla legge sul cyberbullismo*, 30 settembre 2017, su www.medialaw.eu; B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

¹¹⁴ P. PITTARO, *La legge sul cyberbullismo*, in *Fam. dir.*, 2017, 8-9, p. 819 ss.; B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018.

Ad avviso dello scrivente, come parzialmente anticipato, il Legislatore dovrebbe, invero, muoversi in una prospettiva *de iure condendo* in una direzione diametralmente opposta, prevedendo una responsabilizzazione dell'ISP che si sia sottratto agli obblighi del materiale illecito presente sulla piattaforma dallo stesso gestita.

In particolare, va osservato, come emergano da un lato, esigenze di responsabilizzazione – anche sotto il profilo penale – degli ISP “ignavi” che non segnalino all'A.G. o non rimuovano i contenuti illeciti di cui sono a conoscenza e dall'altro esigenze di armonizzazione degli strumenti di *notice and takedown*.

Un possibile punto di equilibrio parrebbe identificabile, come più volte anticipato, in un sistema di controllo *ex post* da parte dell'ISP mediante meccanismi – puntualmente regolamentati – di segnalazione (*notice*) e rimozione (*take down*).

Detti meccanismi dovrebbero, chiaramente, seguire dei principi essenziali fra cui la certezza dei tempi e dei contenuti delle segnalazioni, la trasparenza e l'informazione agli utenti, la garanzia del contraddittorio, la collaborazione con le autorità e la responsabilizzazione degli utenti stessi¹¹⁵.

Potrebbe, peraltro, ipotizzarsi una efficace diversificazione degli obblighi di rimozione in capo all'ISP, correlata alla gravità e alla tipologia dei contenuti illeciti segnalati – secondo quanto previsto dalla legislazione tedesca, che distingue fra contenuti manifestamente illeciti o meno – ovvero, come suggerito in dottrina, sulla natura del diritto che viene pregiudicato dalla condotta dannosa¹¹⁶.

Laddove si optasse per la prima forma di diversificazione degli obblighi, basata sulla distinzione fra contenuti manifestamente illeciti o meno, preme evidenziare come parrebbe ragionevole imporre all'ISP il mero obbligo di *notice* laddove sussista un dubbio circa la qualificabilità di un contenuto come illecito e, per converso, di *take down* laddove il contenuto abbia carattere manifestamente illecito,

¹¹⁵ *Ult. op. cit.*

¹¹⁶ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, 3/2017, pp. 637, il quale sostiene, distinguendo tra diritti della personalità e diritti patrimoniali, che «sembra potersi avanzare più di un dubbio rispetto al potere dell'ISP di rimuovere contenuti illeciti laddove questi siano lesivi di diritti patrimoniali».

dovendo attendere l'ordine di *take down* dell'Autorità giudiziaria solo in caso di contenuti di difficile interpretazione¹¹⁷.

La ragionevolezza di una simile distinzione ipotizzata dallo scrivente in ragione dell'analisi comparatistica *supra* espletata (e confortata dalla giurisprudenza appena riportata in nota) trova ulteriore conforto nel recentissimo *DSA* europeo, che effettua una distinzione di tal fatta.

Da quanto appena riportato, appare chiaro come molteplici, nell'ottica dell'Autore, potrebbero essere le soluzioni ipotizzabili *de iure condendo* al fine di non lasciare sguarniti da un presidio penalistico beni giuridici di estremo rilievo quali quelli possibilmente lesi dalle condotte commesse a mezzo *web*.

Come anticipato, parrebbe utile imperniare l'intero impianto sanzionatorio sulla violazione degli obblighi dell'ISP di *notice* e *take down*, per come da ultimo delineati dal *DSA*.

In primo luogo parrebbe utile mantenere l'apparato sanzionatorio di natura amministrativa, o al più prevedere una fattispecie omissiva propria di natura colposa – costruita sul modello dell'art. 57 c.p. – con riferimento a tutte le ipotesi di *mala gestio* delle segnalazioni relative a contenuti possibilmente illeciti da parte degli ISP: questi dovrebbero essere ritenuti responsabili ogni qualvolta abbiano per negligenza, imprudenza, imperizia o violazione dell'obbligo di *notice* omesso di segnalare alle autorità competenti contenuti potenzialmente illeciti, determinandone la permanenza sulle piattaforme di cui sono responsabili.

Si andrebbe, dunque, a sanzionare la improvvida gestione – *ex post* rispetto al caricamento da parte degli utenti – dell'ISP che non si sia prontamente attivato per

¹¹⁷ Cfr. Corte di Appello civile di Roma, 19 febbraio 2018, n. 1065, inedita, la quale ha ulteriormente chiarito l'operatività e i requisiti della dinamica segnalazione-rimozione che vede coinvolti *provider* e utenti. L'importanza del contributo di tale sentenza risiede nella specificazione del contenuto necessario della *notification*. Infatti secondo la Corte d'Appello una segnalazione, per poter dar corso a un conseguente obbligo di rimozione a carico dell'ISP, deve contenere non generiche affermazioni, ma «contestazioni specifiche e puntuali». Il caso di specie concerneva la pubblicazione su un sito web di contenuti aventi carattere diffamatorio. In questo caso, secondo la Corte la notifica deve necessariamente contenere: «le singole affermazioni ritenute non veritiere; le ragioni della asserita falsità e le fonti idonee a provarlo; le modifiche suggerite così da consentire alla comunità degli utenti e agli amministratori l'esecuzione dei controlli richiesti, a seguito dei quali, se positivi, si può procedere alla modifica richiesta». Solo dunque una notifica avente tali caratteristiche può condurre a una eventuale presunzione di effettiva conoscenza da parte dell'ISP, legittimante il successivo obbligo di rimozione.

limitare i rischi connessi a contenuti di dubbia illiceità che si siano poi, in concreto, rivelati effettivamente illeciti.

Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie propria dell'ISP, costruita sul modello della responsabilità – di natura colposa – prevista dalle nuove norme introdotte dal *Digital Service Act* in caso di *mala gestio* delle segnalazioni.

Ciò che si andrebbe a sanzionare sarebbe, dunque, una colpa d'organizzazione dell'ISP che non sia stato in grado di gestire in maniera opportuna le segnalazioni da parte degli utenti di contenuti possibilmente illeciti e la conseguente omessa *notice* all'A.G. in relazione a detti contenuti.

In alternativa o in aggiunta, potrebbe ipotizzarsi una fattispecie – sempre omissiva propria, ma di natura dolosa – costruita sul modello delle fattispecie di omessa denuncia all'autorità giudiziaria: potrebbe, in specie, prevedersi un precipuo obbligo di denuncia in capo all'ISP di tutte quelle situazioni di illiceità di cui il *provider* sia effettivamente venuto a conoscenza, essendo questi un soggetto certamente in condizione di allertare le autorità competenti e di collaborare con le stesse al fine di minimizzare le conseguenze correlate alla commissione dell'illecito da parte degli utenti.

Entrambe le fattispecie *supra* ipotizzate presuppongono, all'evidenza, una previa implementazione della procedura di *notice and take down*, prevedendo – come anticipato *supra* – un *iter* di segnalazione che imponga certezza dei tempi e che disciplini i contenuti delle segnalazioni.

Per la verità, la recente emanazione del Regolamento europeo “*Digital service act*” potrebbe essere sin d'ora rilevante, in quanto prevede dei meccanismi parzialmente rispondenti a tali esigenze, delineando, in via esemplificativa i contenuti “minimi” delle segnalazioni.

Potrebbe, inoltre, ipotizzarsi una fattispecie omissiva propria relativa all'omessa rimozione di contenuti che abbiano natura manifestamente illecita (es. materiale manifestamente pedopornografico; contenuti manifestamente lesivi dell'altrui onorabilità o del delitto d'autore; contenuti manifestamente recanti dati sensibili illecitamente trattati), andando a sanzionare a titolo di dolo il mancato *take down* in seguito alla presa di coscienza da parte dell'ISP della presenza di siffatti

contenuti sulla propria piattaforma, pur senza una previa richiesta da parte delle Autorità competenti, secondo quanto recentemente previsto dal *Digital Service Act*.

Anche in tal caso, si tratterebbe di un reato proprio dell'ISP o, meglio, dell'*hosting service provider* secondo quanto previsto dalla normativa eurolunitaria appena citata.

In tal caso, tanto in ragione della maggiore pregnanza dell'elemento soggettivo – doloso e non meramente colposo – e della natura manifestamente illecita del contenuto le sanzioni penalistiche dovrebbero essere maggiormente elevate rispetto a quelle previste per la fattispecie relativa alle violazioni in materia di gestione delle *notice* ricevute.

Dovrebbe, infine, essere prevista – onde superare le perplessità relative all'applicazione delle fattispecie già esistenti di cui agli artt. 650 e 388 c.p. – una fattispecie penale a tutela dell'amministrazione della Giustizia, volta a sanzionare l'ISP ogni qualvolta non si sia prontamente adoperato per ottemperare ad un ordine di *take down* da parte dell'Autorità Giudiziaria.

Anche in tal caso, si tratterebbe di un reato proprio dell'ISP, costruito secondo il modello dei reati omissivi propri, punito a titolo di dolo diretto.

La sanzione penale sarebbe, infatti, opportuna solo laddove l'ISP abbia scientemente omesso di dar seguito alla prescrizione imposta da parte dell'Autorità che abbia disposto la rimozione di un contenuto illecito.

L'omessa previsione *de iure condito* di una simile fattispecie pare, infatti, lasciar permanere una indebita sacca di impunità dell'ISP che si sia dolosamente sottratto ad un dovere imposto dall'Autorità competente.

Per esigenze di opportuna armonizzazione, le suddette fattispecie proprie degli ISP dovrebbero ritenersi applicabili a prescindere da quale sia il reato commesso dall'utente (delitti contro l'onore, in materia di diritto d'autore o di illecito trattamento dei dati personali e via discorrendo) attraverso la condivisione del contenuto.

L'unico limite, per vero, ipotizzabile potrebbe attenersi alla procedibilità delle fattispecie, potendosi prevedere una limitazione degli obblighi dell'ISP laddove, innanzi a fattispecie non procedibili d'ufficio, non dovesse emergere la volontà del

soggetto leso e legittimato a proporre un'eventuale querela di perseguire penalmente l'utente che abbia posto in essere la condivisione illecita.

Concludendo, appare evidente la necessità di un'attività *de lege ferenda* volta a prevenire i vuoti di tutela correlati alla sostanziale impunità penale dell'ISP allo stato sussistente.

Si rende, infatti, del tutto imprescindibile una seria e compiuta responsabilizzazione degli stessi anche sotto un profilo penalistico, attesa la estrema rilevanza e delicatezza dei beni giuridici in gioco sul *web*.

Le sopra esposte soluzioni solo, chiaramente, quelle ritenute più agevolmente attuabili dallo scrivente Autore – in quanto, sostanzialmente, traggono in gran parte spunto da fattispecie già esistenti nell'ordinamento – e quelle ritenute maggiormente compatibili con i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale e con la sistematica dell'intero ordinamento.

Ciò che è certo è che il Legislatore non possa restare inerte innanzi all'evoluzione dei fenomeni umani e, in particolare, delle molteplici condotte illecite che quotidianamente si verificano sul *web*, dovendosi imporre una fattiva collaborazione di tutti i soggetti coinvolti e, dunque, inevitabilmente degli ISP.

CONCLUSIONI

Il percorso di ricerca è stato caratterizzato da numerosi *revirement* dello scrivente e dalla necessità di un costante riassetto e di una puntuale rielaborazione di soluzioni interpretative originariamente ipotizzate e, tuttavia, non ritenute percorribili all'esito dell'approfondito studio della materia.

Ciò in quanto dopo aver passato in rassegna il reticolato normativo dell'ordinamento italiano ed europeo in materia di *media* e dopo aver analizzato *funditus* alcune categorie particolari di fattispecie di reato commesse avvalendosi dei vari strumenti di comunicazione, si è avuto modo di individuare – per come imposto dal titolo prescelto per il lavoro di ricerca – le maggiori questioni problematiche correlate alle fattispecie di reato commesse attraverso i mezzi di comunicazione di massa.

La necessità di ricalibrare più volte l'impianto del lavoro si è resa necessaria in ragione del fatto che, da un lato, l'approfondimento effettuato nei primi due capitoli ha permesso di comprendere la rilevanza di talune questioni la cui importanza non era *prima facie* apprezzabile, in assenza di un puntuale studio dell'impianto ordinamentale, delle singole fattispecie e, non ultima, della giurisprudenza di merito e di legittimità e, dall'altro, in ragione del fatto che nei tre anni di ricerca si è assistito ad un parziale mutamento del quadro normativo di riferimento – specie in ragione di interventi di matrice eurounitaria – con conseguente impatto su talune questioni penalistiche oggetto di analisi.

All'esito di tali numerosi mutamenti di prospettiva e di impostazione del lavoro di ricerca, due sono state le questioni individuate quali di maggior interesse.

La prima questione problematica – la cui analisi ben si concilia con la vocazione interdisciplinare del corso di dottorato in *medium* e medialità – oggetto di approfondimento è stata quella relativa alla qualità della tecnica normativa utilizzata dal legislatore nella redazione delle fattispecie di reato commissibili a mezzo *media*.

In particolar modo, si è avuto modo di osservare come il perimetro applicativo di svariate fattispecie in materia *de qua* sia assai incerto in ragione del fatto che taluni lemmi utilizzati dal legislatore per descrivere la condotta sono suscettibili di interpretazioni non univoche.

Tale equivocità è, talvolta, dovuta ad una scarsa attenzione del legislatore nell'individuazione dei termini maggiormente opportuni a disciplinare una materia molto tecnica ma, altre volte, correlata all'incessante progresso tecnologico che reca inevitabilmente seco la necessità di un aggiornamento della normativa di riferimento, onde evitare la necessità di forzature ermeneutiche da parte della giurisprudenza volte a non lasciare impunte condotte lesive di beni giuridici di estremo interesse per l'ordinamento.

Un primo punto fermo, individuato all'esito dell'analisi della normativa vigente, attiene, dunque, alla imprescindibilità di un Legislatore accorto *ab origine* alla formulazione lessicale delle norme, dovendo le stesse essere quanto più possibile connotate da un elevato grado di precisione sotto il profilo tecnico.

Ma tale accortezza si rivela sovente insufficiente e, conseguentemente, nell'elaborato si è ritenuto di ipotizzare un secondo espediente volto a prevenire indebite incertezze: l'approntamento di un serio apparato di norme definitorie – aventi sostanzialmente la funzione di fornire un'interpretazione autentica dei concetti di maggior complessità sotto il profilo ermeneutico – che possano fugare ogni incertezza degli interpreti i quali si trovino a dover comprendere se effettivamente una fattispecie concreta possa essere sussunta in un determinato tipo legale o meno.

Maggiormente complessa si è rivelata la seconda delle questioni problematiche ritenute meritevoli di approfondimento all'esito del percorso di ricerca: la questione afferente alle responsabilità omissive degli ISP.

La rilevanza di tale questione è emersa sin da principio nel corso dell'analisi delle varie fattispecie commesse a mezzo *media* esaminate nel secondo capitolo dell'elaborato, in quanto la stessa è parsa essere un vero e proprio *leitmotiv* ricorrente tanto negli studi della dottrina quanto nelle pronunce giurisprudenziali di merito e legittimità sia con riferimento ai delitti contro l'onore, sia con riferimento alle fattispecie in materia di diritto d'autore o di trattamento dei dati personali.

In ragione di ciò lo scrivente ha ritenuto imprescindibile concentrare l'attenzione della propria ricerca su tale tema, cercando di rispondere ad alcuni interrogativi, cui – all'esito di questo lungo percorso di studio – è giunto il momento di dare una risposta.

Il primo interrogativo attiene alla possibilità di ascrivere in capo ai *providers* una responsabilità a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dagli utenti.

Sul punto si osserva come non convincono particolarmente lo scrivente gli orientamenti giurisprudenziali che hanno avallato delle responsabilità penali degli ISP, in quanto nelle pronunce sino ad oggi rese dalle Corti territoriali e dalla Suprema Corte non viene mai individuata compiutamente la base giuridica su cui fondare la posizione di garanzia né il rapporto eziologico tra la condotta del *provider* e l'evento del reato (già integratosi in ragione delle condotte degli utenti).

Per vero, si ritiene che con l'avvento del *DSA* europeo (attesa la previsione di precipi obblighi di rimozione anche in assenza di un ordine da parte dell'A.G.) parrebbero sussistere dei margini per ipotizzare una posizione di garanzia dell'ISP, ma – ciononostante – permarrebbero numerosi *caveat* in relazione alla ascrivibilità di responsabilità a titolo di concorso omissivo nel reato commesso dall'utente.

Se, infatti, da un lato, pare sussistere un dovere di impedimento (mediante la rimozione del contenuto) da parte dell'ISP della protrazione del reato commesso dall'utente, dall'altro la contestazione del concorso omissivo nel delitto dell'utente presenta delle evidenti problematiche di primario rilievo.

In primo luogo, va rilevato come la condotta omissiva dell'ISP si verificherebbe quando il reato commesso dall'utente si è già perfezionato e, dunque, parrebbe essere eziologicamente irrilevante rispetto all'evento del reato stesso.

Sicché la responsabilità omissiva dei *providers* sarebbe ipotizzabile unicamente con riferimento alle fattispecie qualificabili come permanenti e non anche come istantanee (e tale sarebbe la diffamazione, secondo la maggior giurisprudenza e dottrina).

In tale seconda ipotesi, infatti, la condotta di omessa rimozione dell'ISP dovrebbe essere qualificata come mero *post factum* del tutto non incidente sul nesso di causalità tra condotta tipica ed evento del reato.

In secondo luogo sarebbe assai complesso andare a verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, non potendosi in alcun modo imputare surrettiziamente la negligente omessa rimozione a titolo di concorso doloso.

Infine, non si potrebbe in alcun modo ipotizzare un concorso dell'ISP nelle fattispecie a forma vincolata (es. in materia di diritto d'autore o di *privacy*) in quanto la condotta di omessa rimozione non sarebbe quella tipicamente prevista dalla fattispecie.

Sicché, pur parendovi essere delle possibili basi per ritenere sussistente un obbligo giuridico di impedimento della protrazione delle conseguenze del reato commesso dagli

utenti, sono svariate le perplessità che portano lo scrivente a ritenere che non sia del tutto opportuno prevedere una responsabilità omissiva impropria dell'autore a titolo di concorso nel delitto commesso da parte di terzi.

Alla luce di quanto appena affermato occorre porsi un secondo interrogativo, cui dare risposta in questa sede, afferente, invece, alla possibilità di ritenere sussistenti *de iure condito* delle differenti forme di responsabilità penali, alternative rispetto a quella del concorso omissivo del *provider* nel reato commesso dall'utente.

In primo luogo si può ipotizzare – e poi escludere – la possibile contestazione all'ISP del delitto di favoreggiamento personale mediante condotta omissiva o le fattispecie di cui agli artt. 650 e 388 c.p..

In relazione alle prime due fattispecie le ragioni che portano lo scrivente a ritenerle inapplicabili alle ipotesi di omessa rimozione del contenuto illecito da parte dell'ISP sono principalmente di carattere sistematico.

Per come ampiamente argomentato nel par. 5.1.1 e 5.1.2 del III capitolo dell'elaborato, intatti, laddove il Legislatore avesse ipotizzato l'applicazione di sanzioni penali per l'ISP che abbia omesso di comunicare informazioni relative a reati di cui fosse a conoscenza non avrebbe introdotto un apparato di sanzioni amministrative volta a sanzionare le medesime condotte.

Quanto al delitto *ex art.* 388 c.p., trattandosi di reato a forma vincolata, si osserva, invece, come la condotta dell'ISP non paia idonea ad integrare l'elusione fraudolenta richiesta dal tipo legale della fattispecie.

Una volta compreso che la via più opportuna da seguire non sia certamente quella di applicare in maniera poco rispondente tanto al principio di tassatività quanto alla volontà del Legislatore le suddette fattispecie già previste dall'ordinamento, ci si è interrogati circa la possibilità di prevedere, in un'ottica *de iure condendo*, una maggior responsabilizzazione degli ISP sotto il profilo penalistico e, ancora una volta, è giunto il momento di sciogliere ogni riserva in relazione al supposto interrogativo.

In particolare, dopo aver effettuato una disamina comparatistica delle procedure di *notice and take down* previste in Germania, Stati Uniti e, in maniera più approfondita, in Albania, ci si è interrogati circa la possibilità di prevedere delle responsabilità penali dei *providers* in relazione alle violazioni commesse dagli stessi nell'ambito di tali procedure di segnalazione e successiva rimozione dei contenuti illeciti.

La estrema importanza di tali meccanismi è confermata dalla recentissima implementazione degli stessi ad opera del D.Lgs. 24 luglio 2023 n.107, il quale prevede delle procedure di *notice e take down* in relazione ai contenuti riconducibili a forme di *cyberterrorismo*, secondo lo schema già adottato dal Legislatore italiano in materia di *cyberbullismo*.

Chiarita l'importanza di impennare eventuali responsabilità penali degli ISP sul mancato rispetto delle procedure *supra* indicate, preme sottolineare le ragioni per cui si ritiene imprescindibile prevedere un presidio penalistico *in materia de qua*, ritenendosi insufficienti le già previste sanzioni amministrative.

Infatti, pur rifuggendosi le indebite le tendenze panpenalistiche che connotano le scelte di politica legislativa degli ultimi anni, ritiene imprescindibile la previsione di una risposta sanzionatoria da parte della legislazione penale a tutela di beni giuridici di estremo rilievo, quali quelli in gioco nel caso di illeciti commessi a mezzo *web* e, ancor più, nel caso di inadempimento di obblighi di rimozione imposti dall'autorità.

La criminalizzazione delle condotte dell'ISP trova, ad avviso di chi scrive, giustificazione non solo nelle esigenze di general-prevenzione ma anche in ragioni di giustizia ed equità sociale, attesi gli effetti dirompenti che i reati commessi a mezzo *media* possono causare in danno dei consociati, tanto al livello personale quanto finanziario.

In sintesi, la previsione di responsabilità penali in capo ai *providers* per le violazioni delle procedure di *notice e take down* si rivelano imprescindibili per garantire un ambiente *online* sicuro, promuovere la giustizia, prevenire il crimine e proteggere la sicurezza pubblica. Chiaramente è essenziale che queste sanzioni siano proporzionate e ben definite, onde rispettare il principio di proporzionalità e di *extrema ratio* del diritto penale e, al contempo, garantire la protezione dei diritti fondamentali degli individui.

In quest'ottica, onde ovviare alle suesposte problematiche afferenti alla ascrizione di responsabilità in capo agli ISP a titolo di concorso omissivo nei delitti degli utenti, parrebbe utile ed opportuno ipotizzare l'introduzione delle fattispecie omissive proprie volte a sanzionare la violazione di quelli che spesso più che essere veri e propri obblighi di impedimento dell'evento paiono, per vero, dei meri obblighi di attivarsi.

In primo luogo parrebbe utile mantenere l'apparato sanzionatorio di natura amministrativa, o al più prevedere una fattispecie omissiva propria di natura colposa –

costruita sul modello dell'art. 57 c.p. – con riferimento a tutte le ipotesi di *mala gestio* delle segnalazioni relative a contenuti possibilmente illeciti da parte degli ISP.

Si andrebbe, dunque, a sanzionare la improvvida gestione da parte dell'ISP delle segnalazioni ricevute: lo stesso verrebbe, dunque, sanzionato a titolo di colpa per non essersi prontamente attivato per limitare i rischi connessi a contenuti di dubbia illiceità che si siano poi, in concreto, rivelati effettivamente illeciti.

Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie propria dell'ISP, costruita sul modello della responsabilità – di natura colposa – prevista dalle nuove norme introdotte dal *Digital Service Act* in caso di *mala gestio* delle segnalazioni.

Ciò che rileverebbe sotto il profilo penalistico sarebbe, dunque, la colpa d'organizzazione dell'ISP che non sia stato in grado di gestire in maniera opportuna le segnalazioni da parte degli utenti di contenuti possibilmente illeciti e la conseguente omessa *notice* all'A.G. in relazione a detti contenuti.

E ancora, si auspica l'introduzione di una fattispecie – sempre omissiva propria, ma di natura dolosa – costruita sul modello delle fattispecie di omessa denuncia all'autorità giudiziaria: potrebbe, in specie, prevedersi un precipuo obbligo di denuncia in capo all'ISP di tutte quelle situazioni di manifesta illiceità di cui il *provider* sia effettivamente venuto a conoscenza, essendo questi un soggetto certamente in condizione di allertare le autorità competenti e di collaborare con le stesse al fine di minimizzare le conseguenze correlate alla commissione dell'illecito da parte degli utenti.

Potrebbe, inoltre, ipotizzarsi una fattispecie omissiva propria relativa all'omessa rimozione di contenuti che abbiano natura manifestamente illecita (es. materiale manifestamente pedopornografico; contenuti manifestamente lesivi dell'altrui onorabilità o del delitto d'autore; contenuti manifestamente recanti dati sensibili illecitamente trattati), andando a sanzionare a titolo di dolo il mancato *take down* in seguito alla presa di coscienza da parte dell'ISP della presenza di siffatti contenuti sulla propria piattaforma, pur senza una previa richiesta da parte delle Autorità competenti, secondo quanto recentemente previsto dal *Digital Service Act*.

Anche in tal caso, si tratterebbe di un reato proprio dell'ISP o, meglio, dell'*hosting service provider* secondo quanto previsto dalla normativa eurounitaria appena citata.

Dovrebbe, infine, essere prevista – onde superare le perplessità relative all'applicazione delle fattispecie già esistenti di cui agli artt. 650 e 388 c.p. – una

fattispecie penale a tutela dell'amministrazione della Giustizia, volta a sanzionare l'ISP ogni qualvolta non si sia prontamente adoperato per ottemperare ad un ordine di *take down* da parte dell'Autorità Giudiziaria.

L'omessa previsione *de iure condito* di una simile fattispecie pare, infatti, lasciar permanere una indebita sacca di impunità dell'ISP che si sia dolosamente sottratto ad un dovere imposto dall'Autorità competente.

Per esigenze di opportuna armonizzazione, si ritiene che le suddette fattispecie proprie degli ISP dovrebbero essere applicabili a prescindere da quale sia il reato commesso dall'utente (delitti contro l'onore, in materia di diritto d'autore o di illecito trattamento dei dati personali e via discorrendo) attraverso la condivisione del contenuto.

L'unico limite possibilmente ipotizzabile potrebbe attenersi alla procedibilità delle fattispecie, potendosi prevedere una limitazione degli obblighi dell'ISP laddove, innanzi a fattispecie non procedibili d'ufficio, non dovesse emergere la volontà del soggetto leso e legittimato a proporre un'eventuale querela di perseguire penalmente l'utente che abbia posto in essere la condivisione illecita.

Traendo le dovute conclusioni, dato l'estremo rilievo che nella società odierna ha assunto la comunicazione a mezzo *media* e, in particolare, a mezzo *web* appare evidente la necessità di un'attività *de lege ferenda* volta a prevenire i vuoti di tutela correlati alla sostanziale impunità penale dell'ISP allo stato sussistente.

Si rende, infatti, del tutto imprescindibile una seria e compiuta responsabilizzazione degli stessi anche sotto un profilo penalistico, attesa la estrema rilevanza e delicatezza dei beni giuridici in gioco sulla rete.

Le sopra esposte soluzioni solo, chiaramente, quelle ritenute più agevolmente attuabili dallo scrivente Autore – in quanto, sostanzialmente, traggono in gran parte spunto da fattispecie già esistenti nell'ordinamento – e quelle ritenute maggiormente compatibili con i principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale e con la sistematica dell'intero ordinamento.

Ciò che è certo è che il Legislatore non possa restare inerte innanzi all'evoluzione dei fenomeni umani e, in particolare, delle molteplici condotte illecite che quotidianamente si verificano sul *web*, dovendosi imporre una fattiva collaborazione di tutti i soggetti coinvolti e, dunque, inevitabilmente degli ISP.

L'auspicio è, dunque, quello che le attività di ricerca accademica – come la presente – possano essere d'impulso per una presa di coscienza da parte del Legislatore in merito alla inadeguatezza della disciplina allo stato vigente e in merito alla necessità di un costante aggiornamento del diritto positivo all'unisono con il mutare dei fenomeni umani, della società e, per quel che è d'interesse, degli strumenti di comunicazione di massa.

BIBLIOGRAFIA

- AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010, 113.
- AINIS M., *La legge oscura: come e perché non funziona*, Laterza, 1997
- ALBAMONTE E., *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. giust.*, 2010
- ALBANESI E., *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale scientifica, 2013
- ALESSANDRI A., 171 quater, 171-sexies, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 6a ed., CEDAM, 2016.
- ALMA M.M., *Le regole giuridiche di fronte al mutamento tecnologico: profili penalistici*, in C. VACCÀ (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica: Telecomunicazioni multimedialità computer crimes banche dati privacy copyright telelavoro telemedicina*, Giuffrè, 1999
- AMBROSETTI E., E, MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Zanichelli, 2016
- ANDERSSON J., *The Pirate Bay and the Ethos of Sharing*, in *Deptford.tv Diaries*, Openmute Publishing, 2006
- ANDREAZZA G., *Orientamenti giurisprudenziali sulla liceità penale della mancanza del "bollino" Siae*, in *Giur. di Merito*, 2009
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, 1992
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003
- ANTONETTO L., *Internet e la tutela del diritto d'autore: la nuova disciplina della Dir. 2001/29/CE*, in *Europa e diritto*, 2001
- APOSTOLI CAPPELLO A., *Reati commessi col mezzo della stampa e con i mezzi informatici*, in M. RONCO (diretto da), *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, II, Zanichelli, 2011
- ATERNO S. – CORASANITI G. – CORRIAS LUCENTE G., *L'attuazione della convenzione europea sul cybercrime, commento alla legge 18 marzo 2008 n.48*, CEDAM, 2009
- BARILE P. – CHELI E., voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, 1962
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Giur.* 1974, 425; P. BARILE-S. GRASSI, *Informazione (libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, UTET, 1983

- BARTOLE S. (a cura di), *Lezioni di tecnica legislativa*, Cedam, 1988
- BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. e processo*, 2013
- BARTOLI R., *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2017
- BARTOLO P., *Commento all'art. 30, l. 06.08.1990, 223*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991
- BASILE F., in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, Ipsoa, art. 650.
- BELLUCCI M., *Giurisdizione e linguaggio*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa Press, 2014, 208 ss.
- BERLINI M. – P. LA GUMINA, *La (non) responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti*, in *Dir. Internet*, 2007, n.4
- BEVERE A. – CERRI A., *Il diritto di informazione ed i diritti della persona*, Giuffrè, 2022
- BISORI L., *I delitti contro l'onore e la libertà individuale, parte speciale penale*, Vol. VIII, Giappichelli, 2010
- BISORI L., *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale III*, Giappichelli, 2008; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, IV ed., 2009, Cedam
- BISORI L., *I delitti contro l'onore*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, vol. VIII, Milanfiori, 2010
- BOCCHINI R., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, 3/2017
- BOLOGNINI S. - D'AVIRRO A. - D'AVIRRO M., *La diffamazione. A mezzo stampa, radio e televisione*, Giuffrè, 2022
- BORRUSO R. – BUONOMO G. – CORASANITI G. – D'AIETTI G., *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994
- BORRUSO R., *Computer e diritto*, Giuffrè, 1988
- BORUSSO R., *L'Algoritmo per computer e la sua brevettabilità*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 75.

BOZHEKU E. – I. ELEZI, *Pergjejesia penale e personave juridike. Manual teorik-praktik per studente, avokate, prokurore, gjiqtare, drejtus te shoqerive tregtare, studiues dhe dashamires te se drejtes penale*, Tirane, 2012

BOZHEKU E., *Analiza e vepres penale: rendesia e katalogimit te elementeve te vepres penale; vlera teorike dhe aspektet praktike*, né *Jeca Juridike*, Tirane nr. 2,2011

BOZHEKU E., *Fajsia: disa aspekte teorike, metodologjike, funksionale, dhe pratike te elementit te dyte te struktures se vepres penale*, ne *E Drejta*, Law Prishtine, nr. 2,2010

BREGHELLA F. – BLAIOTTA R., *Diritto penale dell'informatica e dei beni giuridici*, in *Cass. Pen.*, 1995

BUFFA F., *Responsabilità del gestore di sito Internet*, su www.questionegiustizia.it.

CADOPPI A. – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023

CALIFANO L., *La libertà e la segretezza delle comunicazioni*, 2022, *La Magistratura – rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati*, su www.lamagistratura.it.

CALIFANO L., *La libertà e la segretezza delle comunicazioni*, 2022, *La Magistratura – rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati*, su www.lamagistratura.it

CANGAROSSA L., *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, Nyberg, 2005

CAPRARO F. – PINTO A., *Forum di discussione online, diffamazione e responsabilità: che ruolo gioca il webmaster?* in *Riv. pen.*, 2009

CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017

CARETTI P., voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, UTET, 1989

CARIDI G., *Metodologia e tecniche dell'informatica giuridica*, Giuffrè, 1989

CAROSONE O., *Dalla direttiva CEE del 14.5.1991 sulla tutela giuridica del software alla relativa legge italiana di attuazione*, in *Dir. Autore*, 1993

CARUSO C., *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2013

CAVINO M., L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Editoriale scientifica, 2014.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009

CERASE M., *Sviluppi e contrasti in materia di insindacabilità parlamentare*, in *Cass. Pen.*, 2003

CERUTTI S., *Aspetti legali dell'opera multimediale*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, 2002

CHELI E. – GRISOLIA M.C., voce *Giornalisti, profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1988

CHIMENTI A., *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, 2000

CHIMENTI L., *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Giuffrè, 2005

CHIMENTI L., *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione. La disciplina europea e italiana*, Giuffrè, 2005

CHINDEMI D., *Diffamazione a mezzo stampa (radio-televisione-internet)*, Giuffrè, 2006

CIAMPI C., *La proteggibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1985

CIMINO I.P., *Contratti degli internet providers e per i data services online*, in G. CASSANO – I.P. CIMINO (a cura di), *Il diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie*, Cedam, 2009

CODIGLIONE G.G., *La nuova legge tedesca per l'enforcement dei diritti sui social media*, in *Dir. inform.*, 2017

CONVERSO D., *Google-Vividown: la cassazione cade sulla qualifica di titolare del trattamento*, 12 febbraio 2014, in www.personaedanno.it

CORASANITI G., *La tutela penale dei sistemi informatici e telematici*, in www.privacy.it.

CORDERO F., *Stilus Curiae*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986

CORRIAS LUCENTE G., *Brevi note sulla tutela penale dei programmi informatici*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1999

CORRIAS LUCENTE G., *Esercizio putativo del diritto di cronaca e fonti di informazione*, in *Dir. Inform.*, 1985

CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, CEDAM, 2000

CORRIAS LUCENTE G., *Informatica e diritto penale: elementi per una comparazione con il diritto statunitense*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1987

CORRIAS LUCENTE G., *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004

- COSTANZO P. (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento: strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Jovene, 2011; R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012
- COSTANZO P., *Tecniche normative e tutela dei diritti fondamentali*, in A. RUGGIERI, *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2007
- CUNEGATTI B., *La qualificazione giuridica dell'opera multimediale*, in E. PATTARO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, CLUEB casa editrice, 2000
- CUNIBERTI M., *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo in MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n.1
- CUNIBERTI M., *La responsabilità del direttore*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giuffrè, 2006
- CUOMO C., *Nota a sentenza Cass. pen., sez. III, 2.12.2011, n. 7051*, in CASS. PEN., 2013
- CUOMO L. – RAZZANTE R., *La nuova disciplina dei reati informatici*, Giappichelli, 2009
- CUPELLI C., *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sistema Penale*, 17 novembre 2022, su www.sistemapenale.it;
- CUPELLI C., *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Penale Diritto e Procedura*, 13 gennaio 2023, su www.penaledp.it.
- D'AIETTI G., *Il decreto legislativo 29.12.1992 n. 518 ed il suo inserimento nella difesa delle opere dell'ingegno. La tutela giudiziaria civile e penale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1994
- DE BENEDETTO M., N. RANGONE, M. MARTELLI, *La qualità delle regole*, Il Mulino, 2011
- DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet provider*, Giuffrè, 2010
- DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Giuffrè, 2010.
- DE MAGLIE C., *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105 ss.
- DE MAGLIE C., *Linguaggio del diritto penale e principio di effettività: spunti di riflessione*, in *DisCrimen*, *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche 2023*.
- DE NATALE D., *La responsabilità dei fornitori di informazioni in Internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2009

DE NATALE D., *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in F. RUGGERI-L. PICOTTI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, 2011.

DE NATALE D., *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011

DE SANCTIS L., *Brevi note in materia di tutela dei videogiochi*, in *Dir. Autore*, 1984

DE SANCTIS V., *Il nuovo diritto d'autore cinematografico*, in *Dir. Autore*, 1941, 223 ss.; A. FRAGOLA., *La cinematografia nella giurisprudenza*, CEDAM, 1966

DEL SIGNORE M., *Il sistema. U.S.A.*, in *AIDA*, 2014

DELITALA A., *Titolo e struttura della responsabilità penale per i reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959

DELITALA G., *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Ius*, 1959

DI AGOSTA E., *Il caso "Pirate Bay" arriva alla Cedu: spunti per una riflessione sulla responsabilità degli "internet service provider", tra libertà d'espressione e reati in materia di copyright (nota a Corte europea diritti uomo, sez. V, 13.3.2013 n. 40397)*, in *Cass. pen.*, 10, 2013

DI CIOMMO F., *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010

DI CIOMMO F., *Responsabilità dell'Internet hosting provider, diffamazione a mezzo "Facebook" e principio di tassatività della norma penale: troppa polvere sotto il tappeto*, *Il foro italiano*, 4, 2017

DI TODARO F., *Il caso «The Pirate Bay» tra libertà di espressione e diritto d'autore*, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2014

DONATI F., *Art. 15*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, UTET, 2006, 362 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004

EGGER J-L., *A norma di (chi) legge. Peculiarità dell'italiano federale*, Milano, 2019, 2, scrive di una "identità oscillante" del testo normativo, la quale cioè oscilla tra due esigenze opposte, quella di essere compresa dall'intera comunità da essa regolata e quella di mantenere la propria specialità e tecnicità

ELEZI I. – S. KAÇUPI – M. HAXHIA, *Komentari i Kodit Penal te Republikes se Shqipërise*, Tirane, 2006

- ELEZI I., *E Drejta Penale (Pjesë e Posaçme)*, Tirane, 2007
- ELZI I., *E Drejta Penale (Pjesa e posaçme)*, Tirane, 2007
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958
- FABIANI M., *Diritti connessi*, in *Enc. Giur.*, IV, Treccani, 1988
- FALLETTA P. – MENSÌ M., *Il diritto del web. Casi e materiali*, CEDAM, 2015
- FALLETTI E., *Cassazione e Corte di Giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google, nota a Cassazione penale, sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107 (u.p. 17 dicembre 2013)*, in *Il corriere giuridico*, 6/2014
- FALLETTI E., *Cassazione e Corte di Giustizia alle prese con la tutela della privacy sui servizi di Google, nota a Cassazione penale, sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107 (u.p. 17 dicembre 2013)*, in *Il corriere giuridico*, 6/2014
- FALOTICO G., *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cass. pen.*, 2010, 4347 ss.
- FATTA C., *Antiterrorismo e data retention*, in *Dir. Inf. e informatica*, 2008
- FERRARELLA L., *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e note*, in *Dir. pen. cont.*, 2017
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2019
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. II, Tomo I*
- FIORAVANTI G., *Televisione, Stampa e Editoria*, in *Digesto penale*, Giappichelli, 1999, XIV
- FIORAVANTI L., *Televisione, stampa e editoria*, in *Digesto pen.*, XII, 1999
- IORELLA A., *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Giuffrè, 1987
- FLOR R., *sub Diritto d'Autore*, in *Enc. Dir.*, Annali, X, 2017
- FLOR R., *Duplicazione parziale di software e art. 171-bis l.d.a.*, in *Diritto & Formazione*, 2003, 1034 ss. R. D'ORAZIO, *Diritto d'autore sul software: una nuova pronuncia favorevole*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987, 273 ss.
- FLOR R., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023

FLOR R., *La tutela penale della proprietà intellettuale ed il contrasto alla commercializzazione ed alla circolazione in Internet di opere o prodotti con segni falsi o alterati*, in L. CAMALDO (a cura di), *La circolazione e il contrabbando di prodotti contraffatti o pericolosi. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea e la protezione dei consumatori*, Giappichelli, 2013

FLOR R., *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, in *Dir. pen. e processo*, 8, 2011

FLOR R., *Misure tecnologiche di protezione ed anticipazione della punibilità nel sistema di tutela penale dei diritti d'autore e connessi in Europa*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 233 ss.

FLOR R., *Social networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2012

FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Cedam, 2010

FOGLIA R., *La Direttiva CEE sulla tutela del software*, in *Foro italiano*, 1991

FONDAROLI D., *Osservazioni intorno ad alcune delle norme contenute nella recente normativa italiana sui computer crimes*, in L. SOLA – D. FONDAROLI (a cura di), *La nuova normativa in tema di criminalità informatica: alcune riflessioni*, CLUEB, 1995

FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, L. PICOTTI (a cura di), CEDAM, 2004.

FRANCESCHELLI V., *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010

FRANCESCHIELLI V., *La Direttiva CEE sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Rivista di diritto industriale*, 1991

FRIGNANI A., *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenenti alla cinematografia*, in *Dir. Autore*, 1984, 58 ss.;

FROSINI V. – LIMONE D.A. (a cura di), *L'insegnamento dell'informatica giuridica*, Liguori, 1990

FROSINI V., *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, 1981

FROSINI V., *Informatica, diritto e società*, Giuffrè, 1992

FROSINI V., *La criminalità informatica*, in *Dir. Informazione e informatica*, 1997

- FROSINI V., *Privacy e banche dati*, in *Atti del Convegno di Roma 25.2.1981*
- FROSINI V., *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992
- FROSINI V., voce *Tecniche giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992
- FUMO M., *La diffamazione mediatica*, UTET, 2012
- G. SARTOR – V. DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-ViviDown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010
- GALDIERI P., *Giornalismo, diffamazione e blogging*, in *Dir. Internet*, 2006
- GALDIERI P., *Il diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, 2021
- GARGIULO R., *Mutamento di giurisprudenza su vendita e noleggio di videocassette e musicassette prive del contrassegno SIAE*, nota a Cass. pen., sez. III, 28.4.1998, n. 1511, in *Cass. pen.*, 1999
- GATTI S., *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida al diritto*, 2010, 25
- GATTI S., *Software*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1990, 1208 ss., 1210 ss.; A. COLUCCI-F. FIORE, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Giappichelli, 1996
- GIAMMONA G., *Ancora contrasti sui limiti di liceità dell'intervista giornalistica*, in *Foro italiano*, 2001
- GIANANTONIO E., *Introduzione all'informatica giuridica*, Giuffrè, 1984
- GIANANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1994.
- GORI T., *Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica: dalla forma alla sostanza*, su www.federprivacy.org
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983.
- GRISOLIA M.L., *Immunità parlamentare e Costituzione*, CEDAM, 2000
- GRISPSIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936
- GROSSO C.F., *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Giuffrè, 1968, 85; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed. Giuffrè, 2004, 616.
- GULLO A., *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in VIGANÒ-PIERGALLINI (a cura di), in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2015

- HOBBS T., *De Cive*, 1642. Cfr. anche N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, 2004
- IACOVIELLO F.M., *Art. 595*, in *Comm. Lattanzi-Lupo*, vol. XI, Giuffrè, 2010
- IACOVIELLO F.M., *Problemi vecchi e sensibilità nuova dalla Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. Pen.*, 1995
- INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, (a cura di L. LUPARIA), Giuffrè, 2012.
- INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, 8 novembre 2012, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- INGRASSIA A., *La corte d'appello assolve i manager di google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in *diritto penale contemporaneo*, 4 marzo 2013, su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org
- INGRASSIA A., *La sentenza della cassazione sul caso google*, in *diritto penale contemporaneo*, 6 febbraio 2014, su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org
- IRTI N., *Riconoscersi nella parola*, Zanichelli, 2020, 85 ss.
- ITALIA V., *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giuffrè, 1963
- KAFTALLI V., A. PERNOKA, *Kodike Penal i Republikës së Shqipërisë*, Tirane, 2007.
- LANDES W.M. – R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 1989, 325 ss.; S. BESEN S.- S. KIRBY S. – S. SALOP., *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, 1992
- LASALVIA F.P., *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023.
- LE PERA G. – MARTINA T., *Onore e reputazione. Necessità di un ritorno alla tipicità dell'oggetto di tutela nell'ingiuria e nella diffamazione*, in *Cass. Pen.*, 1994
- LEIBENITZ G., *Dissertatio de arte combinatoria*, 1666
- LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999.
- LIMONE D.A. (a cura di), *Dalla Giuritecnica all'informatica – studi dedicati a Vittorio Frosini*, Giuffrè, 1995

LONDO I., *National regulatory and self-regulatory framework against hate speech and disinformation. Albania*, <https://www.annalindhfoundation.org/ar/node/11261>.

LORIDA G., *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1989

LOSANO M.G., *Il diritto privato dell'informatica*, Einaudi, 1986

LOTIERZO R., *Il caso Google – Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010

LUTTAZZO E., *Una norma di legge francese da non imitare (a proposito della brevettabilità o meno dei programmi o serie di istruzioni per lo svolgimento delle operazioni dei calcolatori elettronici)*, in *Rivista di diritto industriale*, 1968

MACRILLÒ A., *Presunzione iuris tantum di pubblicazione e prova del delitto di diffamazione con il mezzo della rete telematica*, in *Dir. Internet*, 2007, p. 166.

MAIETTA A., *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, in G. CASSANO – I.P. CIMINO (a cura di), *Il diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie*, Cedam, 2009

MANGINI V., *Un diritto per computers: in margine ad un recente sviluppo giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1986

MANNA A. – DI FLORIO M., *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010.

MANNA A., *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione. Gli arresti giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 11, 2003

MANNA A., *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. Pen.*, 3/2012

MANNUCCI PACINI I., in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, Ipsa, art. 388, pp. 3985 e ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale – parte generale*, CEDAM

MANTOVANI F., *Diritto penale parte speciale*, Wolters Kluwer, 1995

MANTOVANI F., *Diritto Penale, Parte Speciale, I*, CEDAM, 2022

- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, VIII, 5° ED., UTET, 1985
- MARCIANO F., *Il reato di diffamazione a mezzo Internet*, su www.overlex.com
- MARINUCCI G. – DOLCINI E.– GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2022
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *sub. art. 595 c.p. in Codice Penale Commentato, Dei Delitti contro la persona*, IPSOA, 1999., p. 4072; Manzini, *trattato di diritto penale*, VIII, V edizione, UTET, 1992
- MARINUCCI M. – DOLCINI E.– GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2022
- MARTINELLI C., *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Giuffrè, 2002
- MASSERA A. –SCORZA G., *Internet, i nostri diritti*, Laterza, 2016
- MATAFUNO M., *National Cybernetic security perimeter and NIS directive*, 2020, disponibile su www.iusinitinere.it.
- MATTEUCCI N., *Banche dei dati e tutela della persona*, in *Quaderni di documentazione della Camera dei Deputati*, 1983
- MAZZA F., *Una nuova forma di criminalità economica: la pirateria informatica. Orientamenti dell'Unione Europea e strategie di contrasto*, in *Spunti critici in tema di nuove forme di criminalità*, a cura di AMELIO, Napoli, 2007
- MCLUHAN M., *Capire i media. Gli strumenti del Comunicare*, il Saggiatore, 2011 (prima pubblicazione 1964).
- MCQUAIL D., *Sociologia dei Media*, Il Mulino, 2005
- MEAZZA L.N., *La responsabilità penale per i reati commessi attraverso i mass media*, Tesi di laurea pubblicata su www.avvocatomeazza.com, 2009
- MELE S., *Il perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica*, in *Dir. Internet*, 1/2020
- MELZI D'ERIL C., *La Corte europea condanna l'italia per sanzioni e risarcimenti eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013
- MENOZZI L., *Il nuovissimo Leviatano: divagazioni su Internet e il diritto d'autore*, in *Dir. Autore*, 2000
- MERLA F., *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito Web: il caso "The Pirate Bay"*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010

- MEZZETTI E., *Diritto Penale. Dottrina, casi e materiali*, Zanichelli, 2020
- MIGLIO M., *I gestori di un sito internet rispondono penalmente per i commenti offensivi pubblicati dagli utenti*, 1, 2017, su www.giurisprudenzapenale.it.
- MILITELLO V., *Informatica e criminalità organizzata*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1990
- MILITELLO V., *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1992
- MINASOLA M., *Bloggino e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. Pen. (web)*, 2013, fasc. 3
- MINO A., *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Giuffrè, 2012
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1995
- MUSCO E., voce *Stampa*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990
- NATALINI A., *Internet, chi fornisce link per eludere i diritti TV concorre nel reato*, in *Diritto e giustizia*, 2006, 40.
- NERI G., *Criminologia e reati informatici. Profili di diritto penale dell'economia*, Jovene, 2014
- NISTICÒ M., *Sui reati contro l'onore per via telematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 57 ss.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, CEDAM, 1971, 115 e ID., *Voce Stampa*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, UTET, 1971
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, CEDAM, 1971
- ONORATO P., *La tutela penale del diritto d'autore e le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248/2000*, in *Cass. pen.*, 2003
- OROFINO M., *Art. 15*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, 2021
- OROFINO M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, 2008
- Osservazioni critiche*, in *Dir. Internet*, 2006
- PACE A. – PIETRANGELI F., voce *cronaca-critica (Diritto di)*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Giuffrè 2001
- PACE A., *Art. 15*, in G. BRANCA- A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1977

- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, II, CEDAM, 1992, 241 ss.
- PADOVANI T., *Articolo 30, legge 223/1990, Il sistema radiofonico pubblico e privato*, a cura di E. ROPPO e R. ZACCARIA, Giuffrè, 1991
- PAGANO R. (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, Roma, Camera dei Deputati, 1997
- PAGANO R., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, 2004
- PAGANO R., M. AINIS, *Indicazioni bibliografiche sul drafting legislativo*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, Cedam, 1990
- PAGELLA C., *La cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2019.
- PALAZZO F., *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990
- PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Diritti penale contemporaneo*, 5/2018
- PARDOLESI R., "Software", "property rights" e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, II
- PARDOLESI R., *Software di base e diritto d'autore, una tutela criptobrevettuale?*, in *Foro it.*, II, 1988
- PARODI C. – CALICE A., *Responsabilità penale e internet*, Giuffrè, 2001
- PARODI C., *Responsabilità dei Provider ed accertamento degli illeciti telematici*, in *Dir. pen. e processo*, 2002
- PASCUZZI G., *Il diritto fra tomi e bit. Generi letterari e ipertesti*, CEDAM, 1997
- PASCUZZI G., *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, 2020
- PASTORE S., *La tutela giuridica del software come opera dell'ingegno di carattere scientifico*, in *Rivista di diritto Industriale*, 1986, II
- PEDULLÀ C., *L'amministratore di un sito internet non è responsabile i sensi dell'art. 57 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 2018, n.2
- PERON S., *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, 2006
- PESOLE L., *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1990

PETRINI D., *Diffamazione online: offesa recata con “altro mezzo di pubblicità” o col mezzo della stampa?*, in *Dir. pen. e processo*, 2017

PETRINI D., *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Jovene, 2004

PETRUSO R., *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: RoboTakedown, Policy of Termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2.

PEZZELLA V., *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giustizia di merito*, 2010

PEZZELLA V., *La diffamazione*, UTET, 2020

PEZZELLA V., *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social network*, UTET giuridica, 2016

PICOTTI L., *Commento alla sentenza del Tribunale di Firenze 27 gennaio 1986*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1986

PICOTTI L., *Commento art. 3 legge 23.12.1993, n. 547 (Art. 491-bis c.p.: Documenti informatici)*, in *Legislazione penale*, 1996

PICOTTI L., *Cybersecurity: quid novi?*, in *Dir. Internet*, 2020, n.1

PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service Providers in Internet*, in *Dir. pen. e processo*, 1999

PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e processo*, 3, 1999

PICOTTI L., *Invenzioni industriali*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1989

PICOTTI L., *La responsabilità penale dei Service Providers in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 1999

PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 4, 1999

PICOTTI L., *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2013

PICOTTI L., *Newsletter Osservatorio Cybercrime n. 12/2020*, su www.dirittodiinternet.it

PICOTTI L., *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. Internet*, 2008

PICOTTI L., *Reati informatici*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 2000, 1 ss. e C. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, CEDAM, 2000

PICOTTI L., *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informazione nell'epoca di internet*, CEDAM, 2004

PICOTTI L., *La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011

PIEMONTESE E., *La semplificazione del linguaggio amministrativo e lo scoglio della mancata semplificazione del linguaggio legislativo. Aspetti linguistici e aspetti politici*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei deputati, 2012, 157 ss.

PIETRANGELO M., *Gli usi linguistici del legislatore statale nella produzione normativa recente: prime considerazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

PIRUCCIO P., *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giur. merito*, 2012, vol. n. 12, p. 2617; CONTALDO A. – PELUSO F., *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità civile degli ISP*, in *Dir. aut.*, 2015 vol. n. 1

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003

PISANI N., voce *Obbligo di impedire l'evento*, in N. IRTI – S. CASSESE (a cura di), *Dizionario giuridico*, Giuffrè, 2006

PITTARO P., *La legge sul cyberbullismo*, in *Fam. dir.*, 2017, 8-9

PIVA D., *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Jovene, 2011

POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, CEDAM, 1998

PREDIERI A., *Problemi concernenti le tecniche di redazione dei provvedimenti legislativi*, Firenze, Regione Toscana, 1975

RAZZANTE R. – CRISTALLINI A., *Cybercrime, tra economia e diritto*, Pacini giuridica, 2022

RESCIGNO G.U., voce *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993

RESTA F., *Cybercrime e cooperazione internazionale nell'ultima legge della legislatura*, in *Corriere del Merito*, 2008.

RESTA F., *La responsabilità penale del provider: tra *laissez faire* ed obblighi di controllo*, in *Giust. di merito*, 2004

- RESTA F., *La tutela penale dei diritti d'autore e connessi* in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Cybercrime*, UTET giuridica, 2023
- RINALDI R., *La disciplina penale del software nel decreto legislativo di attuazione della Dir. 91/250/CEE*, in *Legislazione pen.*, 1993
- RINALDI R., *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1987
- RISTUCCIA R. - V. ZENO ZENCOVICH, *La disciplina a tutela del software*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 1994
- RODOTÀ S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, 1973
- RODOTÀ S., *Protezione dei dati e circolazione dell'informazione*, in *Riv. Cr. Dir. Priv. n. 721/1984*
- RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, 1992
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995
- ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, IV ed., 2009, Cedam
- ROMANO M., *Gli effetti della Sent. C. Cost. 150/2021 sulla competenza territoriale nei giudizi in materia di diffamazione a mezzo radio-televisivo: nulla di nuovo sotto il sole in Illyrius – International scientific review*, 1/2023
- ROMANO M., *Magistratura (poco) democratica. Il travagliato rapporto tra diritto di cronaca e critica giudiziaria e delitto di diffamazione*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 4/2021
- ROMANO M., *sub art. 57*, in M.ROMANO-G.GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, vol. I
- ROMBOLI R., *La pregiudizialità parlamentare per le opinioni espresse ed i voti dati dai membri della camera nell'esercizio delle loro funzioni: un istituto nuovo da ripensare (ed abolire)*, in *Foro italiano*, 1994, I
- ROSSELLO C., *La tutela giuridica del software nei primi orientamenti giurisprudenziali italiani*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1985
- RUSSO C., *Internet, libertà di espressione e regole penali: spunti di riflessione a margine di una pronuncia in tema di diffamazione*, in *Foro it.*, II, 2000, c. 663 ss.
- SALCUNI G., *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona*, (a cura di) MANNA, CEDAM, 2007

- SALERNO G. M., *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, 2006
- SALVADORI I., *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. merito*, 2007
- SARZANA DI S. IPPOLITO C., *Informatica, internet e diritto penale*, Giuffrè, 2010
- SARZANA DI SANT'IPPOLITO C., *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Dir. Internet*, n. 5/2005
- SCAROINA E., *Giustizia penale e comunicazione nell'era di Twitter tra controllo democratico e tutela dell'onore*, in *Archivio Penale*, 2010
- SCHOLLIN K., *Digital Rights Management. The new Copyright*, 2008;
- SCOPINARO L., *Internet e delitti contro l'onore* in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2000.
- SCUTELLARI F., D. PROVOLO, *Art. 595*, in *Comm. FORTI-SEMINARA-ZUCALÀ*, 6a ed., CEDAM, 2017
- SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1996
- SEMINARA S., *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997
- SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1998
- SEMINARA S., *La tutela penale del diritto d'autore tra normativa vigente e prospettive di riforma*, 2004
- SENA G., *Software: problemi di definizione e di protezione giuridica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1983
- SENR M., *Un primo commento alla legge sul cyberbullismo*, 30 settembre 2017, su www.medialaw.eu
- SERANI D., *Diritto di cronaca e verità putativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002
- SGUBBI F., *Parere pro veritate sulla fondatezza delle imputazioni elevate dalla Procura della Repubblica di Milano nel processo Vivi Down*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2009
- SICA S. – D'ANTONIO V., *La procedura di de-indicizzazione*, in *Dir. inform.*, 2014, 4-5

- SIRACUSANO D., *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto pen.*, VIII, UTET, 1993
- SIROTTI GAUDENZI A., *La tutela del diritto d'autore e del software nella società dell'informazione*, in *Cyberspazio e diritto*, 2002
- SIROTTI GAUDENZI A., *Le fantasiose ricostruzioni dei media hanno travisato una sentenza corretta*, in *Guida dir.*, 5, 2007
- SPAGNOLETTI V., *La responsabilità penale del provider tra applicazione della normativa sulla stampa ed esigibilità del controllo sui contenuti di internet*, in *Giust. Pen.*, 2011.
- SPAGNOLETTI V., *Profili problematici del reato di diffamazione a mezzo internet*, in *Giur. merito*, 2003
- SPOLIDORO M. S., *Indirizzi legislativi in tema di tutela del software*, in G. ALPA, *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, 1984; G. GHIDINI, *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in ALPA G., *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, 1984
- STEA G., *La responsabilità penale dell'internet provider*, in *Giurisprudenza penale*, 2016
- STEA G., *La responsabilità penale dell'internet service provider*, su www.giurisprudenzapenale.com
- TABARELLI DE FATIS S., *La controversa disciplina penale della diffamazione tramite Internet*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 314 e 317
- TABARELLI DE FATIS S., *La proposta di riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo Internet*.
- TADDEI ELMI G. – ORTU R. – CIFALDI P., *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89)-9 e la Legge 23 dicembre 1993 n. 547 in materia di computer crimes: una analisi comparativa*, in *Informatica e diritto*, XXII annata, Vol. V, 1996, n. 1
- TADDEI ELMI G., *Dimensioni dell'informatica giuridica – dall'informatica intelligente all'informatica cosciente?*, Liguori, 1990
- TERRACINA D., *La detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale di softwares costituisce sempre reato?*, in *Dir. Internet*, 2005
- TERRACINA D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Giur. di Merito*, 2008
- TERRACINA D., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Giappichelli, 2003.
- TERRACINA D., *Lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. Internet*, 2007

- TONOLETTI B., *Principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva*, Giappichelli, 2003
- TOSI E., *Computer crimes: il Computer Misuse Act 1990*, in *Rivista Penale*, n. 10/1992
- TOSONI L., *Verso una direttiva NIS 2 che cambia con le proposte della Commissione UE*, 2020, disponibile su www.cybersecurity.it.
- TRAVERSI A., *La riproduzione abusiva di programmi per elaboratore (c.d. "software piracy") costituisce reato?*, in *Giust. pen.*, 1987
- TROISIO C., voce *Corrispondenza (Libertà e segretezza della)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1988
- TURCHETTI S., *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014
- TURCO L., *La tutela giuridica del software*, in *Dir. Autore*, 1984
- VALASTRO A., *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Giuffrè, 2001
- VALERIANI A., *NIS 2: verso una nuova strategia in ambito cybersecurity*, su www.iusinitinere.it
- VERRI F. – CARDONE V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno. Online, blog e social forum*, Giuffrè, 2013
- VIGANÒ F., *Art. 59 c.p.*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015
- VIGANÒ F., *Sulle motivazioni della Cassazione sul caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2012
- VIMERCATI S., *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Phil c. Svezia*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2017, n.1
- ZACCARIA R. – VALASTRO A. – ALBANESI E., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2016
- ZAGREBELSKY G., *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Einaudi, 1979
- ZANNOTTI R., *(Dis)orientamenti della cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Diritto dell'internet*, 2005
- ZENO ZENCOVICH V., *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1990,
- ZENO ZENCOVICH V., *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1992

ZENO ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in BRUGALETTA e LANDOLFI (a cura di), *Il diritto del Cyberspazio. Tendenze, testi e protagonisti nel web giuridico italiano*, Jovene, 1999

ZENO-ZENCOVICH V., *I “prodotti editoriali” elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inf.*, 2001

ZENO-ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998