



## IL RUOLO DELL'ISP NEL CIBERSPAZIO: CITTADINO, CONTROLLORE O TUTORE DELL'ORDINE?

Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale  
dei *provider* nell'ordinamento italiano \*

di Alex Ingrassia

SOMMARIO: 1. Ambientamento 1.1. Il cyberspazio: caratteri di un *non luogo* 1.2. L'ISP: paradigmi di responsabilizzazione e bilanciamento dei beni fondamentali in conflitto 2. Il paradigma del *cittadino* tra autorità e concorso commissivo 2.1. La responsabilità principale ed autonoma dell'ISP autore di reati cibernetici e gli *hard cases* 2.2. La responsabilità dell'ISP per il contributo al fatto tipico realizzato dagli utenti della rete: l'esistenza di uno statuto speciale tra legislatore, dottrina e giurisprudenza 3. Il paradigma del controllore: il fuoco di sbarramento dei formanti e la trincea delle ipotesi residuali 3.1. Il fuoco di sbarramento dei formanti dottrinale e legislativo: le ragioni generali che escludono la sussistenza di un obbligo di impedimento del reato altrui commesso in rete 3.2. Il fuoco di sbarramento del formante giurisprudenziale: l'esclusione di un obbligo di impedimento del reato altrui nelle decisioni di merito e di legittimità 3.3. Le trincee inesplorate dalla giurisprudenza e presidiate da una parte (minoritaria) della dottrina 3.4. Conclusioni sul paradigma del controllore: allo stato un ruolo escluso per l'ISP nel cyberspazio 4. L'ISP *tutore dell'ordine*: quali obblighi per il *provider* di collaborazione con l'autorità nella repressione dei reati? 4.1. Gli obblighi di denuncia all'Autorità e di cooperazione nell'individuazione degli autori: la (difficile) relazione con il favoreggiamento personale 4.2. Gli obblighi di rimozione e interdizione all'accesso a materiale illecito: l'inadempimento come fonte di responsabilità penale? 4.3. Conclusioni sul paradigma dell'ISP tutore: un modello possibile ma non attuale 5. Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: stato dell'arte e scenari futuribili di una responsabilità penale dei *provider* nell'ordinamento italiano

### 1. Ambientamento

Una ricerca sui profili di responsabilità penale dell'*internet service provider* (ISP), ovvero del soggetto che, come noto, svolge un ruolo fondamentale per il funzionamento di *internet*, fornendo agli utenti servizi come la connessione, la posta elettronica, lo spazio per la memorizzazione di siti *web* o *blog* e la creazione degli stessi, le *chat line*, i motori di ricerca<sup>1</sup>, nell'ordinamento italiano<sup>2</sup> costringe a fare i conti con le

---

\* Saggio pubblicato nel volume *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, L. LUPÁRIA (a cura di), Giuffrè, 2012.

<sup>1</sup> Per una definizione di ISP e dei servizi offerti si veda tra gli altri, M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, Giuffrè, 2010, pp. 66 e ss.

<sup>2</sup> Sul tema la bibliografia è ormai sterminata. In generale: G. CASSANO-F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 75 e ss.; 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*

problematiche tipiche delle forme di manifestazione del reato<sup>3</sup> calate in un *non luogo*, realizzate da un *soggetto non fisico* e che involgono nel loro momento applicativo un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali non compiutamente pre-imposto dal legislatore.

La responsabilità dell'ISP ha il proprio ambientamento nel ciberspazio – il *non luogo* –, cioè in uno spazio privo di confini e di distanze<sup>4</sup>: nella rete delle reti «i dati in essa immessi raggiungono ogni parte del mondo e il loro autore non è in grado né di controllarne l'accesso, né di prevedere quali percorsi essi seguiranno per ricongiungersi infine sullo schermo degli altri utenti»<sup>5</sup>. In tale contesto mutano inevitabilmente i concetti di azione<sup>6</sup> ed evento<sup>7</sup> – che perdono ogni connotazione

---

*degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 2523 e ss.; D. DE NATALE, *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, pp. 295 e ss.; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Giuffrè, 2010, pp. 417 e ss.; 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, 423 e ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. info.*, 2001, pp. 145 e ss.; ID., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. info.*, 2010, pp. 779 e ss.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, 2004, pp. 121 e ss.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 379 e ss.; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 501 e ss.; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, pp. 586 e ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. info.*, 1998, pp. 745 e ss.; ID., *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, pp. 71 e ss.; U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, pp. 755 e ss.; ID., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, pp. 1193 e ss.; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 1922 e ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. info.*, 1999, pp. 1049 e ss.

<sup>3</sup> Sulle forme di manifestazione del reato si rinvia a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, 2001.

<sup>4</sup> Per un quadro recente delle frizioni tra diritto penale e *internet* si veda A. BEVERE-V. ZENO ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in *Dir. info.*, 2011, pp. 375 e ss.

<sup>5</sup> Così S. SEMINARA, *La pirateria su internet*, cit., p. 111.

<sup>6</sup> Rileva L. PICOTTI, *La nozione di «criminalità informatica» e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2011, pp. 842 e 843 che «la stessa nozione di “azione” o condotta penalmente rilevante concepita quale attività dell'uomo cui siano direttamente imputabili gli effetti esterni lesivi o pericolosi per gli interessi altrui protetti dall'ordinamento giuridico, nel *Cyberspace* si trasforma assumendo caratteristiche peculiari e complesse. (...) “atti” dell'uomo possono pur esserci ma non appaiono quelli decisivi sotto il profilo della tipicità del “fatto di reato” cibernetico, apparendo piuttosto determinante, per la sua rilevanza ed offensività penale, la successiva o concomitante azione automatica (...) da parte del o dei *software* che concretamente operano in rete, così soltanto potendosi attuare o “esteriorizzare” l'intenzione e/o direzione dell'attività voluta o consentita dalla persona fisica, alla quale deve giuridicamente imputarsi come “agente”» (corsivi dell'A.). Si veda inoltre, F. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1733.

<sup>7</sup> Rileva, infatti, L. PICOTTI, *La nozione di «criminalità informatica»*, cit., p. 841, che «la nozione di “evento” nel *Cyberspace* acquisisce caratteristiche di astrazione ed ubiquità laddove sia costituito dal risultato (*output*) di un trattamento automatizzato, riproducibile e trasferibile ovunque nella rete: come in particolare può verificarsi con la (...) “duplicazione” o “diffusione” (rilevanti ad es. per reati di violazione dei diritti di

naturalistica, sfumando la dimensione temporale e spaziale dell'offesa – e le forme di aggressione ai beni giuridici<sup>8</sup> oltre che i beni stessi<sup>9</sup>.

Lo stesso ISP, cui la ricerca guarda come responsabile di illeciti penali nel cibernazio, è un *soggetto non fisico* identificandosi con tale formula, nella gran parte dei casi, non una persona in carne ed ossa cui muovere direttamente un rimprovero penale, quanto un'organizzazione che svolge tale attività professionalmente e all'interno della quale si dovrà rinvenire, non senza difficoltà, un destinatario specifico dei precetti penali<sup>10</sup>.

L'individuazione di una responsabilità in capo all'ISP investe, infine, delicate scelte di politica criminale e di bilanciamento tra contrapposti diritti fondamentali: diritto dell'individuo alla «piena possibilità di esplicazione delle libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero, fondamentali per una democrazia pluralista»<sup>11</sup> *versus* diritti fondamentali di altri individui e della comunità sociale come l'onore, la reputazione, la sicurezza pubblica, la riservatezza e la protezione dei minori<sup>12</sup>.

La scelta dell'*an* e del *quomodo* della responsabilità penale dell'ISP non può che fare i conti con tali specificità.

### 1.1. Il cibernazio: caratteri di un non luogo

Il peculiare e caratterizzante aspetto di *non luogo* del cibernazio lo rende un moltiplicatore esponenziale di possibilità di comunicazione e scambi tra soggetti e, in

---

proprietà intellettuale, contro la riservatezza, contro l'onore ecc.) di determinati dati o file, che possono avvenire simultaneamente in una molteplicità di sistemi connessi in rete, o semplicemente rendendoli contemporaneamente "disponibili" ad una molteplicità di utenti». Sotto altro profilo sottolinea F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1733, «l'accezione «naturalistica» di evento, inteso quale risultato eziologicamente derivato dalla condotta dell'agente e percepibile in termini di modificazione della realtà esteriore, subisce nel mondo virtuale uno svuotamento ed una trasfigurazione, a motivo dell'impossibilità di individuare, spazialmente e temporalmente, un evento smaterializzato, automaticamente riproducibile in quantità pari alle possibilità di percezione da parte di terzi; sostanzialmente privo di autonomia concettuale ed ontologica rispetto all'azione».

<sup>8</sup> Si pensi alle forme d'offesa tipiche della rete come il *Denial of service* (DOS), il *Trojan Horse* o la *Logic Bomb* solo per citare le tecniche più note. Sul punto si veda C. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2010, pp. 67 e ss..

<sup>9</sup> Il richiamo sul punto è a L. PICOTTI, *Sistema dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, L. PICOTTI (a cura di), Cedam, 2004, in particolare, pp. 70 e ss.. L. PICOTTI, *La nozione di «criminalità informatica»*, cit., 2011, pp. 827 e ss..

<sup>10</sup> Rilevava tale discrasia tra indicazione dell'ISP e identificazione del soggetto responsabile penalmente già U. SIEBER, *Responsabilità penali, parte seconda*, cit., nt. 1, p. 1193; più di recente R. LOTIERZO, *Il caso Google-Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 4003 e ss..

<sup>11</sup> Così L. PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 379.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

quanto *medium* potentissimo, permette la più ampia diffusione del pensiero umano, consentendo di raggiungere, potenzialmente, miliardi di destinatari<sup>13</sup>.

In quanto *non luogo* prescinde dal contatto personale tra soggetti, consentendo agli utenti, attraverso l'uso di strumenti assai diffusi non solo tra gli *hacker* e i *cracker*<sup>14</sup>, di agire nel pieno anonimato<sup>15</sup>.

Le potenzialità criminali e criminogene sono, dunque, insite nel *medium*, efficacissimo meccanismo di realizzazione di reati (diffamazione, truffa, apologia di reato, diffusione di materiale pedopornografico o di opere dell'ingegno coperte dal diritto d'autore), creatore di inediti beni giuridici<sup>16</sup> (si pensi ad esempio alla fede pubblica nei documenti informatici e all'integrità e sicurezza dei dati e sistemi informatici), e strumento che, per l'anonimato che può assicurare, riduce i freni inibitori rispetto alla realizzazione di illeciti<sup>17</sup>.

Tali proprietà del ciber spazio hanno trasformato alcuni delitti come la diffamazione e la diffusione di materiale coperto dal diritto d'autore in veri e propri *reati di massa*<sup>18</sup>, ovvero illeciti commessi frequentemente, i cui autori appartengono ad ogni classe sociale e non percepiscono il disvalore delle proprie condotte, per cui vi è una scemata disapprovazione da parte dei consociati<sup>19</sup>, con una cifra nera altissima dovuta alla problematica individuazione degli autori<sup>20</sup>.

La difficoltà di allocare le responsabilità penali a seguito della realizzazione di fatti illeciti potrebbe trovare soluzione nella responsabilizzazione di soggetti diversi dagli autori e più facilmente individuabili: gli ISP.

---

<sup>13</sup> Gli utenti di *internet* sarebbero più di due miliardi al 31 dicembre 2011 secondo i dati pubblicati dal sito <http://www.internetworldstats.com>.

<sup>14</sup> Si veda per le distinzioni tra i concetti e per i richiami bibliografici l'originale trattazione di G. ZICCARDI, *Hacker: il richiamo della libertà*, Marsilio, 2010.

<sup>15</sup> In tema di anonimato in *internet* si veda A. MAGGIOPINTO-M. IASELLI (a cura di), *Sicurezza e anonimato in rete. Profili giuridici e tecnologici della navigazione anonima*, Nyberg, 2005.

<sup>16</sup> Sul punto si veda il fondamentale L. PICOTTI, *Sistema dei reati informatici*, cit., pp. 53 e ss., in cui l'A. tripartisce i beni giuridici offesi dai reati informatici in beni "comuni" offesi via *internet*, beni giuridici analoghi a quelli tradizionali radicati su nuovi "oggetti" passivi della condotta e beni giuridici nuovi nati dall'informatica.

<sup>17</sup> Si vedano per gli aspetti criminologici G. PONTI, *Compendio di criminologia*, IV Ed., Giuffrè, 1999, pp. 391 e ss.; M. STRANO, *Computer Crime. Manuale di criminologia informatica*, Apogeo, 2000.

<sup>18</sup> Per tale concetto si veda C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperprotra del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, pp. 181 e ss..

<sup>19</sup> Queste alcune delle caratteristiche oggettive tipiche dei reati di massa identificate da C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 186 che richiama a sua volta J. HELLMER, *Massenkriminalität* (Begriff, Wesen, Konsequenzen), in AA.VV., *Zum Phänomen der Massenkriminalität und zu den Möglichkeiten ihrer Bekämpfung*, Polizei-Institut, 1972, pp. 21 e ss..

<sup>20</sup> Lo rileva V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider*, cit., p. 1922.

## 1.2. L'ISP: paradigmi di responsabilizzazione e bilanciamento dei beni fondamentali in conflitto

La possibilità (*rectius* l'opportunità-tentazione<sup>21</sup>) di muovere un rimprovero penale all'ISP per i reati integrati nella rete delle reti deriva, oltre che dal *fattore anonimato*, dal ruolo fondamentale che riveste: permette l'ingresso nel cibernazio (*access e network provider*), ne agevola la circolazione (*mere conduit e cache provider*), e, soprattutto, ne disegna i tratti riempiendolo di contenuti (*hosting e content provider*)<sup>22</sup>.

In questo contesto si possono immaginare per l'ISP tre distinti paradigmi idealtipici di responsabilizzazione penale cui corrispondono, parallelamente, tre distinti ruoli sociali e tre diversi bilanciamenti dei diritti fondamentali in conflitto.

(i) Il primo paradigma idealtipico, volto a massimizzare la libertà di comunicazione ed espressione del pensiero nel cibernazio, pone l'ISP sul medesimo piano degli altri utenti di *internet*, senza doveri di controllo rispetto a condotte altrui, obblighi di denuncia dei reati da altri commessi di cui viene a conoscenza o oneri di collaborazione con le autorità nella repressione degli illeciti: l'influsso sul piano penalistico è una responsabilità limitata alle ipotesi di autoria e di concorso commissivo doloso nell'altrui condotta criminosa<sup>23</sup>. In tale paradigma il ruolo sociale dell'ISP nel cibernazio è quello del *comune cittadino*.

(ii) Il secondo paradigma idealtipico, esattamente contrario al primo, sposta il riflettore sulla tutela dei soggetti terzi e della comunità e si caratterizza per le penetranti limitazioni alla libertà di comunicazione degli utenti della rete, realizzate attraverso una censura preventiva ad opera dell'ISP del materiale ivi caricato: il modello di responsabilità è quello del reato omissivo improprio<sup>24</sup> e, in particolare, il rimprovero è per non aver impedito un reato altrui<sup>25</sup>. L'ISP assume così il ruolo sociale

---

<sup>21</sup> Individuano nella responsabilizzazione del *provider* una pericolosa scorciatoia per risolvere il problema dell'anonimato tra gli altri D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., p. 120; G. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Giappichelli, 1999, p. 240.

<sup>22</sup> Tali distinzioni, in parte superate, risalgono già allo scritto di U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, pp. 755 e ss.. Si veda più di recente D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 121 e ss..

<sup>23</sup> Sul concorso di persone nel reato si vedano, tra gli altri, G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 440 e ss.; ID., *Profili di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1986; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, G. Priulla Editore, 1952; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987.

<sup>24</sup> Sui reati omissivi impropri si vedano le monografie classiche di G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975. Si veda anche F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 337 e ss..

<sup>25</sup> Sull'omesso impedimento del reato altrui si vedano, tra gli altri, L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1339 e ss.; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, pp. 353 e ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, 2009; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 376 e ss..

di *controllore*, di censore che decide ciò che può e ciò che non può esistere nel cibernazio<sup>26</sup>.

(iii) Il terzo paradigma idealtipico si colloca a metà tra i precedenti. Rispetto al bilanciamento tra diritto di manifestazione del pensiero dell'utente e tutela dei terzi e della società, limita parzialmente la libertà di comunicazione, riducendo o escludendo l'anonimato degli utenti, e implementa strategie di repressione dei reati commessi che coinvolgono solo *ex post* l'ISP, imponendogli l'obbligo di denuncia degli illeciti di cui viene a conoscenza, l'onere di collaborazione nell'individuazione degli autori e il dovere di rimuovere il materiale illecito dal cibernazio. L'ISP non ha più l'obbligo di verificare, per così dire all'ingresso, il materiale presente in rete, ma di attivarsi per ridurre le conseguenze di reati già commessi e per agevolare la punizione degli autori, (oltre che, ovviamente, di non commettere reati personalmente o in concorso con altri soggetti): il modello di responsabilità è quello del reato omissivo proprio e il rimprovero sarà per non aver tenuto condotte dirette a garantire la punizione dell'autore e la limitazione delle conseguenze del reato<sup>27</sup>. L'ISP svolge la funzione di *tutore dell'ordine* nel cibernazio.

Il rapporto interno tra paradigmi è di responsabilità progressiva:

1. nell'ipotesi di ISP *cittadino* questo risponderà solo dei reati di cui è autore o in cui ha offerto un contributo concorsuale attivo, senza obblighi di controllo o di collaborazione alla cui violazione consegua una sanzione penale;
2. l'ISP *tutore dell'ordine* risponderà ove ometta la collaborazione con gli inquirenti più sopra descritta, oltre che, ovviamente, nei casi di autoria e di concorso attivo;
3. infine, l'ISP *controllore* risponderà non solo come cittadino a titolo commissivo, ma anche a titolo omissivo improprio, per non aver impedito il reato degli utenti della rete su cui ha doveri di controllo, e proprio, ove, a seguito della consumazione del reato che non ha impedito, non abbia cooperato con l'autorità nella repressione dell'illecito.

Posti tali paradigmi idealtipici si proverà a verificare, muovendosi raddomanticamente tra *law in books* e *law in action*, quale modello di responsabilizzazione dell'ISP risulti preponderante nel nostro ordinamento.

---

<sup>26</sup> Si potrebbe richiamare plasticamente il modello ideale di ipereffettività generalpreventiva, secondo il paradigma del "Grande Fratello" descritto in C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 475 e 476.

<sup>27</sup> L'effettività della norma penale è di secondo grado, ovvero effettività della sanzione secondo il modello di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., pp. 509 e ss..

## 2. Il paradigma del *cittadino* tra *autoria* e *concorso commissivo*

Nel nostro ordinamento né la dottrina né la giurisprudenza hanno revocato in dubbio che l'ISP debba rispondere dei reati dallo stesso realizzati o commessi in concorso (mediante un contributo attivo) con gli utenti della rete.

Ciò non di meno, sia quanto all'autoria in relazione a specifiche fattispecie delittuose, sia quanto alla descrizione del contributo atipico al reato monosoggettivo, l'esatta delimitazione dell'area di responsabilità è tutt'altro che pacifica.

In punto d'autoria, le difficoltà sono emerse ove la giurisprudenza, non senza forzature esegetiche, ha allargato o ristretto l'ambito di rilevanza penale di alcune fattispecie per affermare o escludere la responsabilità degli ISP in relazione a condotte assai diffuse nella rete delle reti: si vedranno paradigmaticamente i casi di siti *internet* contenenti annunci finalizzati al meretricio<sup>28</sup> (interpretazione restrittiva del fatto di reato) o che consentono l'accesso a *video-chat* erotiche<sup>29</sup> (interpretazione estensiva del fatto di reato), in relazione al delitto di favoreggiamento della prostituzione; nonché il caso cd. *Google vs Vivi Down*<sup>30</sup>, in cui alcuni *manager* del noto motore di ricerca sono stati condannati per trattamento illecito di dati personali (previo ricorso ad un'interpretazione analogica *in malam partem* della norma incriminatrice).

Quanto al concorso nel reato, è discusso il concreto atteggiarsi del contributo atipico dell'ISP, se cioè la responsabilità dell'ISP debba sottostare alle regole comuni del concorso di persone nel reato o debba applicarsi uno statuto speciale, più garantista.

Pare utile analizzare partitamente tali questioni.

---

<sup>28</sup> Si vedano le tre fondamentali sentenze del Giudice di legittimità ovvero: Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2009, n. 26343 in *CED Cass.*, n. 244266; Cass. pen., sez. III, 5 novembre 2010, n. 43251, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 2751 e ss., con nota critica di M. LEPERA, *Il favoreggiamento della prostituzione mediante inserzioni pubblicitarie su un sito internet*; Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012, n. 4443, in *www.dirittoegiustizia.it*.

<sup>29</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3577 con nota di F. C. CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*; nonché di Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2006, n. 15158, in *Giur. ita.*, p. 2039 con nota di S. FERRARI, *Sulla prostituzione on line*.

<sup>30</sup> Si tratta di Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, in *Corr. mer.*, 2010, pp. 960 e ss., con nota di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza*; per ulteriori commenti si vedano A. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. Giust.*, 2010, pp. 184 e ss.; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. info.*, 2010, pp. 829 e ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, *Riv. dir. ind.*, 2010, pp. 347 e ss.; R. LOTIERZO, *Il caso Google – Vivi Down*, cit., pp. 3994 e ss.; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., pp. 779 e ss.; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 2232 e ss.. Per un commento precedente alla decisione, già critico del decreto di citazione diretta a giudizio degli appartenenti a Google si veda G. CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti in internet*, in *Riv. info.*, 2009, pp. 91 e ss..

## 2.1. La responsabilità principale ed autonoma dell'ISP autore di reati cibernetici e gli *hard cases*

Per svolgere compiutamente l'analisi delle ipotesi di autoria, ovvero di *responsabilità principale e autonoma*<sup>31</sup> dell'ISP, giova richiamare la recente enucleazione della categoria dei reati cibernetici<sup>32</sup>, che ricomprende gli illeciti «il cui elemento caratterizzante è costituito dalla diretta realizzazione o proiezione del fatto tipico in rete, o quantomeno dalla sua immediata “connessione” con essa»<sup>33</sup>; all'interno di tale *genus* si è distinto tra *reati cibernetici in senso stretto* (o proprio), ovvero illeciti che già nel tipo prevedono una connessione con la rete, e *reati cibernetici in senso lato*, cioè fattispecie tradizionali che per la descrizione elastica della situazione tipica consentono una sua realizzazione *anche in internet*<sup>34</sup>.

Quanto alla categoria dei reati cibernetici in senso stretto, non si pongono dubbi sulla possibilità di autoria dell'ISP; a ben vedere, infatti, tanto è rilevante il ruolo che l'ISP può assumere come autore, che costui può realizzare le ipotesi aggravate di tali delitti ove rivesta, eventualità assai frequente, la qualifica di operatore di sistema (cd. *sysop*)<sup>35</sup>: il legislatore ha, infatti, previsto specifiche aggravanti per il *sysop* che incidono sia sulla dosimetria sanzionatoria che sulla procedibilità del reato, non richiedendosi in tal caso la querela della persona offesa<sup>36</sup>. Si pensi, esemplificativamente, all'ISP che offre un servizio di posta elettronica e che intercetta e fa leggere a propri dipendenti le *email* degli utenti per tracciarne il profilo commerciale ed indirizzare agli stessi mirate proposte d'acquisto: in tal caso, la qualità di ISP *sysop* arricchisce il delitto di intercettazione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche di ulteriore disvalore.

Le possibilità di realizzazione monosoggettiva dei reati *cibernetici in senso lato* dipende, invece, dalla descrizione del fatto tipico, per cui, a fronte di ipotesi pacificamente realizzabili, vi è un'ampia zona grigia.

È indubbio, infatti, che fattispecie costruite sulla diffusione di materiali illeciti (pedopornografici o coperti dal diritto d'autore) o che incriminano forme di comunicazione del pensiero (diffamazione, istigazione all'odio razziale, rivelazione di notizie riservate o segrete) siano pacificamente realizzabili dall'ISP<sup>37</sup>: si pensi al sito che consente lo *streaming* o il *download* di filmati pedopornografici o al *blog* contenente *post* offensivi dell'altrui reputazione.

L'ampia zona grigia è, invece, costituita da situazioni di confine, *hard cases*, in cui la giurisprudenza, spinta da confliggenti logiche di politica criminale, ha riconosciuto o escluso la responsabilità dell'ISP, attraverso interpretazioni della fattispecie incriminatrice estensive, restrittive o, persino, analogiche *in malam partem*,

---

<sup>31</sup> In questi termini D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., p. 130.

<sup>32</sup> L. PICOTTI, *La nozione di «criminalità informatica»*, cit., p. 847.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> È l'ipotesi in cui l'ISP moderi ad esempio *forum* o *mailing list*.

<sup>36</sup> Per una trattazione completa di tutte le ipotesi in cui la qualità di operatore di sistema incide sulla dosimetria sanzionatoria si veda D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., p. 134.

<sup>37</sup> *Ivi*, pp. 133 e ss..

sempre ritagliate su condotte che acquisiscono spiccate peculiarità in virtù della loro realizzazione nella rete delle reti.

### 2.1.1. Upload di video e trattamento illecito di dati: l'interpretazione analogica in malam partem

Come noto, il Tribunale di Milano<sup>38</sup> ha condannato per illecito trattamento di dati personali i legali rappresentanti (Presidente e amministratore “con poteri rappresentativi”<sup>39</sup>) di *Google Italy* s.r.l. e il responsabile “in relazione alla policy per la privacy per l'Europa”<sup>40</sup>, dipendente di *Google Inc*, assolvendoli, invece, dalla differente contestazione di diffamazione (*infra*). Il processo è scaturito dalla pubblicazione di un filmato sul *host Google Video* che ritrae un ragazzo diversamente abile, umiliato da alcuni compagni all'interno dell'edificio scolastico; nella ripresa si sentono anche frasi ingiuriose dirette al minore e all'associazione *Vivi Down*.

La condanna per illecito trattamento dei dati è già stata ampiamente criticata in dottrina<sup>41</sup>; ciò che qui interessa è mostrare come, per risolvere un ipotizzato vuoto di tutela, il decidente sia ricorso ad un'interpretazione analogica della norma incriminatrice di cui all'art. 167 del D.Lgs. 196/2003, cd. *codice della privacy*.

In particolare, il *punctum dolens* della questione posta al Giudice era se si potesse considerare responsabile *Google* per l'eventuale trattamento illecito dei dati, integrato dalle condotte riprese nei video caricati sul *server* dell'ISP.

Il Giudice ha escluso un dovere di verifica dell'ISP sul contenuto dei video e, in particolare, l'onere di controllare che gli *uploader* abbiano ottenuto il consenso al trattamento dei dati personali dagli eventuali interessati, di fatto impossibile, venendo caricati migliaia di video ogni giorno, e giuridicamente non imposto da alcuna norma, ma ha ritenuto che gravi su *Google* «un obbligo di corretta informazione agli utenti dei conseguenti obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli»<sup>42</sup>; obbligo derivante, secondo il Tribunale, dall'art. 13 del D.Lgs. 196/2003 oltre che dal “buon senso”<sup>43</sup>.

Dunque, nella ricostruzione del giudice ambrosiano, il fatto incriminato non consisterebbe nella mancata acquisizione del consenso per i dati di soggetti diversi dagli *uploader*<sup>44</sup> trattati nei video, ma nel mancato avviso a questi ultimi che il trattamento di dati altrui richiede il consenso: una violazione inerente l'informativa e

---

<sup>38</sup> Si tratta di Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, in *Corr. mer.*, 2010, pp. 960 e ss. (estratto). Per i riferimenti bibliografici si veda la nota 30.

<sup>39</sup> L'espressione si legge a p. 45 della sentenza.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 88.

<sup>41</sup> Si vedano in particolare le critiche avanzate, seppur sotto profili diversi, da L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet*, cit., in particolare p. 967; R. LOTIERZO, *Il caso Google – Vivi Down*, cit., pp. 1288 e ss.; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., pp. 779 e ss..

<sup>42</sup> Così la decisione ambrosiana a p. 96.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 93.

<sup>44</sup> Chi caricava il video su *Google* doveva accettare le condizioni dell'ISP e consentire al trattamento dei propri dati, indi rispetto all'*uploader* non si ponevano questioni.

non il consenso, riconducibile (solo apparentemente) al perimetro dell'art. 13<sup>45</sup> piuttosto che all'art. 23<sup>46</sup> del codice della *privacy*.

Senonché, tra le comunicazioni obbligatorie previste dal citato art. 13 non vi è quella ipotizzata dal giudicante, tanto che lo stesso Garante della Privacy ha sostenuto che tale norma «riguarda le informazioni che lo ISP deve dare al suo utente in merito alle “sue” modalità di trattamento, cioè su ciò che lo ISP fa con i dati di chi utilizza la piattaforma» per cui «da un punto di vista strettamente giuridico il richiamo all'articolo 13 del codice *privacy*, quando si tratta della mancata informativa da parte di Google, che è la base stessa della condanna, non è corretto»<sup>47</sup>.

Ma anche in un'ottica strettamente penalistica, il delitto di illecito trattamento di dati è costruito come norma sanzionatoria dei precetti contenuti in alcune disposizioni del codice della *privacy*<sup>48</sup> tassativamente previste dall'art. 167 del D.Lgs. 196/2003, tra cui non vi è l'art. 13, alla cui violazione il legislatore fa seguire esclusivamente una sanzione amministrativa<sup>49</sup>.

Come icasticamente osservato, il Giudice ambrosiano «ha trasformato la condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 167 del Codice da “trattamento di dati personali senza consenso” in “trattamento di dati personali senza informativa”, condotta, quest'ultima, che però è prevista come illecito amministrativo»<sup>50</sup>.

Dove non ha potuto il *paradigma del controllore*<sup>51</sup>, l'ISP cittadino è stato condannato in virtù di un'esegesi (doppiamente) analogica (*in malam partem* e quindi vietata)<sup>52</sup> del delitto di trattamento illecito di dati personali. Le ragioni di politica criminale che hanno spinto il Giudice a tale acrobazia interpretativa si rinvergono

---

<sup>45</sup> L'art. 13 disciplina l'informativa da dare all'interessato prevedendo specifiche comunicazioni obbligatorie.

<sup>46</sup> L'art. 23 D.Lgs. 196/2003 rubricato “Consenso” dispone: “(I) Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato. (II) Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso. (III) Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13. (IV) Il consenso è manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili”.

<sup>47</sup> Così si è espresso Pizzetti, *Presidente dell'autorità garante per i dati personali, nell'ambito di un'intervista leggibile all'indirizzo [http://www.ius-web.it/PUB/allegati\\_prodotti/608/Intervista\\_a\\_Francesco\\_Pizzetti.pdf](http://www.ius-web.it/PUB/allegati_prodotti/608/Intervista_a_Francesco_Pizzetti.pdf)*.

<sup>48</sup> Per un ampio commento alla norma con la precisa descrizione delle violazioni che integrano il delitto di cui all'art. 167 *Codice della Privacy* si rinvia, tra gli altri, a V. MORMANDO, *Commento sub art. 167, D.Lgs. 196/2003*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Cedam, 2007, pp. 1996 e ss..

<sup>49</sup> Né d'altro canto l'inottemperanza alle regole del “buon senso” può dar luogo al reato di cui all'art. 167 del D.Lgs. 196/2003.

<sup>50</sup> In questi termini L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet*, cit., in particolare p. 967.

<sup>51</sup> È il caso di notare che la contestazione mossa a Google è di tipo commissivo, cioè per aver trattato dati personali in assenza di completa informativa, non omissivo, per non aver verificato (ad esempio) che chi ha trattato dati di terzi l'abbia fatto legittimamente: per tale ragione il paradigma è quello del cittadino e non del controllore.

<sup>52</sup> Sul ruolo di fondamentale garanzia per il cittadino del divieto di analogia *in malam partem* delle fattispecie incriminatrici si vedano i fondamentali: G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità dalla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 e ss.; G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege (Voce)*, in *Nuovo digesto italiano*, VIII, Utet, 1939, pp. 1177 e ss.

chiaramente espresse nella sentenza: «non esiste a parere di chi scrive, perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti *web* (...). Ma, d'altro canto, non esiste nemmeno la "sconfinata prateria di internet" dove tutto è permesso e niente può essere vietato»<sup>53</sup>.

### 2.1.2. *Il favoreggiamento della prostituzione mediante la gestione di un sito di annunci: l'interpretazione restrittiva del tipo*

Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente fatto propria un'interpretazione assai garantista del delitto di favoreggiamento della prostituzione in relazione alla realizzazione di siti in cui si pubblicizza l'attività di meretricio<sup>54</sup>.

Infatti, la descrizione poco tipizzata della condotta<sup>55</sup>, che funge da norma di chiusura del sistema<sup>56</sup>, ha permesso alla Suprema Corte un'individuazione assai ampia dell'area di rilevanza penale del favoreggiamento della prostituzione, riconducendovi «qualsiasi attività che faciliti alla persona che intende prostituirsi la possibilità di offrirsi e di avere rapporti carnali con chi è disposto a comprarne i favori»<sup>57</sup>.

Tale descrizione ricomprende senz'altro l'attività del gestore di un sito *internet* che ospita annunci finalizzati all'accaparramento di clientela da parte delle *escort*; tuttavia, il Giudice di Legittimità, ricorrendo ad una distinzione diffusa in dottrina<sup>58</sup>, ma dai confini assai labili<sup>59</sup>, tra favoreggiamento della prostituzione, penalmente rilevante, e favoreggiamento della prostituta, condotta atipica, ha costantemente affermato l'irrilevanza della mera pubblicazione di annunci, «normale servizio svolto a favore della persona che esercita il meretricio e non della prostituzione», purché non accompagnata da attività ulteriori finalizzate ad «allestire la pubblicità della donna, che si offre per gli incontri sessuali, evidentemente per rendere più allettante l'offerta e per facilitare l'approccio con un maggior numero di clienti, cooperazione esplicantesi nell'organizzare servizi fotografici nuovi, sottoponendo le donne a pose erotiche,

---

<sup>53</sup> Così la sentenza a p. 95.

<sup>54</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2009, n. 26343 in *CED Cass.*, n. 244266; Cass. pen., sez. III, 5 novembre 2010, n. 43251, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 2751 e ss., con nota critica di M. LEPERA, *Il favoreggiamento della prostituzione*, cit.; Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012, n. 4443, in *www.dirittoegiustizia.it*.

<sup>55</sup> L'art. 3, n. 8), della L. 75/1958 punisce «chiunque favorisca o sfrutti la prostituzione altrui».

<sup>56</sup> Così, seppur con punti di vista diversi sulla descrizione della condotta, G. LA CUTE, *Prostituzione* (diritto vigente), in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1988, p. 465; G. PIOLETTI, *Prostituzione* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, 1995, Utet, p. 287.

<sup>57</sup> In questi termini Cass. pen., sez. III, 26 marzo 1984, A., in *Cass. Pen.*, 1985, p. 2109. La giurisprudenza sul punto è costante: per una panoramica si veda A. SORGATO, *I reati in materia di prostituzione*, Cedam, 2009.

<sup>58</sup> La distinzione risale a G. VASSALLI, *I delitti previsti nella l. 20 febbraio 1958, n. 75*, in *Argomenti di medicina sociale*, 1963, p. 32 ed è ripresa, tra gli altri, da M. LEPERA, *Il favoreggiamento della prostituzione*, cit., e G. PIOLETTI, *Prostituzione* (Voce), cit., pp. 287 e 288.

<sup>59</sup> Critico su tale distinzione L. FORNARI, *Commento sub art. 3, L. n. 75/1958*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 2082.

ponendo in essere una collaborazione organizzativa al fine di realizzare il contatto prostituta-cliente»<sup>60</sup>.

Non si comprende perché la gestione di un sito *internet* che pur, evidentemente, permette “l’approccio con un maggior numero di clienti” che attraverso la rete possono contattare con estrema facilità le *escort*, non costituisca altro che un servizio alla prostituta, mentre la realizzazione di foto, attività prodromica alla pubblicazione e che senza l’immissione su un sito *internet* non sarebbe idonea a favorire alcun contatto con soggetti interessati, integri l’attività di favoreggiamento della prostituzione; ad ogni buon conto è, infatti, la rete delle reti che favorisce l’approccio con un maggior numero di clienti più che le foto ivi pubblicate.

La scelta di escludere dal tipo condotte che, per la stessa definizione giurisprudenziale, vi rientrerebbero senz’altro, sembrerebbe dettata dalla scarsa percezione di disvalore che la mera realizzazione del sito produce agli occhi della Suprema Corte, che paragona tale condotta a «quella svolta da molti quotidiani che pubblicano annunci pubblicitari del genere, solitamente considerata come servizio offerto alla prostituta»<sup>61</sup>.

Parrebbe che, in relazione al reato di favoreggiamento della prostituzione mediante realizzazione di un sito *internet* dedicato agli annunci di persone dedite al meretricio, la scarsa percezione di disvalore della condotta faccia dell’ISP un *cittadino* particolarmente tutelato dal diritto penale.

### 2.1.3. Il favoreggiamento della prostituzione mediante la gestione di video-chat: l’interpretazione estensiva del tipo

Infine, merita di essere ricordato il filone giurisprudenziale che ha ritenuto integri il delitto di favoreggiamento della prostituzione la condotta dell’ISP, gestore di un sito *internet* che, previo collegamento ad una linea a pagamento, permetta agli utenti la connessione e l’interazione in video-conferenza (cd. *video-chat*) con soggetti che compiono atti sessuali su indicazione dei clienti<sup>62</sup> (cd. prostituzione *on line* o a distanza).

In queste specifiche ipotesi non si è dubitato che l’attività dell’ISP favorisse la prostituzione, quanto piuttosto la riconducibilità stessa a tale concetto della condotta tenuta dall’“intrattenitore”<sup>63</sup> che compie su di sé atti sessuali.

La Cassazione ha adottato un’esegesi amplissima del concetto di prostituzione tale da ricomprendere ogni prestazione sessuale a pagamento, anche se a distanza,

---

<sup>60</sup> Così Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012, n. 4443, in *www.dejure.it*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3577 con nota di F.C. CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*; nonché di Cass. pen., Sez. III, 21. 3.2006, n. 15158, in *Giur. ita.*, p. 2039 con nota di S. FERRARI, *Sulla prostituzione on line*. Si vedano inoltre R. BORGOGNO, *La prostituzione “a distanza” in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 3497 e ss.; R. DE PONTI, *La prostituzione on line: un concetto controverso*, in *Dir. int.*, 2006, pp. 481 e ss.

<sup>63</sup> Si tratta del termine utilizzato dalla Corte di Cassazione nelle sentenze in materia di prostituzione a distanza.

giacché «l'elemento caratterizzante il fatto di prostituzione, non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione»<sup>64</sup>.

La finalità diretta ed immediata di soddisfazione dell'utente emergerebbe dall'interazione tra l'operatrice e il fruitore del servizio, potendo quest'ultimo domandare «il compimento di atti sessuali determinati, che vengono effettivamente eseguiti e immediatamente percepiti da colui che chiede la prestazione sessuale a pagamento»<sup>65</sup>.

È decisiva, dunque, l'interazione «per discriminare ciò che è spettacolo (cui l'utente assiste in maniera effettivamente passiva) da un atto di disposizione a pagamento del proprio corpo e della propria sessualità, che costituisce appunto prostituzione: la possibilità per il cliente di interagire (in sostanza di dare degli ordini) a chi si esibisce rende infatti questa attività (...) un vero e proprio atto di mercimonio della propria persona»<sup>66</sup>.

Ciò che qui interessa notare è che l'attività dell'ISP si colloca alla *metà del guado* tra la condotta penalmente irrilevante di organizzazione di spettacoli pornografici dal vivo e quella, invece, considerata tipica di realizzazione di esibizioni alla presenza di clienti che possono interagire e avere un contatto fisico con l'intrattenitrice<sup>67</sup>: si è di fronte, infatti, nel caso di prostituzione *on line*, ad un'interazione parziale, limitata dalla distanza, che non può per definizione avere implicazioni fisiche<sup>68</sup>.

È di tutta evidenza che la scelta di ricondurre, mediante un'esegesi ai limiti dell'analogia<sup>69</sup>, la cd. prostituzione *on line* nell'alveo della condotta di favoreggiamento del meretricio punita dall'art. 3, n. 8, L. 75/1958, è il frutto, anche in questo caso, di una *scelta di politica criminale* compiuta dalla Corte di Cassazione, nel silenzio del legislatore, che ascrive rilevanza penale ad una modalità di offesa del tutto nuova, realizzata mediante la rete.

#### 2.1.4. Conclusioni in punto di autoria: nel silenzio del legislatore il pendolo del ciberspazio oscilla tra deregolamentazione e iperpenalizzazione

Individuati raddomanticamente i casi di intervento della giurisprudenza di merito e di legittimità in ordine agli *hard cases*, collegati ai reati cibernetici in senso lato e realizzati dall'ISP come autore, la sensazione è che nel ciberspazio i confini di tipicità mutino, persino geneticamente visto il ricorso all'interpretazione analogica *in malam*

<sup>64</sup> In questi termini Cass. Pen., sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464, cit..

<sup>65</sup> Così Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2006, n. 15158, cit..

<sup>66</sup> Sostiene tale tesi, R. DE PONTI, *La prostituzione on line*, cit., p. 485. *Contra* F.C. CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, cit. e R. BORGOGNO, *La prostituzione "a distanza"*, cit..

<sup>67</sup> Il *limes* di rilevanza penale così descritto è costante nella giurisprudenza di legittimità. Si vedano tra le altre Cass. pen., sez. III, 22 giugno 2010, n. 37188 in *www.dejure.it*, e Cass. pen., 12 marzo 2003, n. 13039, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1369.

<sup>68</sup> Esclude la rilevanza penale di tale ipotesi D. PETRINI, *La tutela del buon costume*, in *Dir. Info.*, 2011, p. 456, ritenendo che «per aversi prostituzione è necessario che tale contatto [fisico] sia almeno possibile ed ipotizzabile in concreto. Altrimenti, siamo in presenza di mera esibizione, se pure interattiva».

<sup>69</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. II, Tomo I, Zanichelli, 2006, p. 138.

*partem*, a causa di due fondamentali vettori: l'atipicità intrinseca delle condotte tenute su *internet* e il silenzio del legislatore di fronte a forme nuove di offesa.

L'esigenza di punire condotte realizzate *on line* oggettivamente offensive di beni giuridici di fondamentale rilievo ma non perfettamente riconducibili a fattispecie classiche del diritto penale, e, all'opposto, la necessità di ritenere penalmente irrilevanti condotte che pur potrebbero ritenersi tipiche per l'elaborazione della stessa giurisprudenza di legittimità ma che sono percepite come scarsamente lesive, rende incerti i confini di responsabilità dell'ISP e non perfettamente sovrapponibile la risposta dell'ordinamento per condotte analoghe tenute in *internet* e nella realtà.

Si potrebbe concludere, nell'ottica del parallelismo con la realtà (*non virtuale*), che nel cyberspazio la responsabilità dell'ISP oscilla, in virtù delle decisioni giurisprudenziali e nel silenzio del legislatore, tra *deregolamentazione* e *iperpenalizzazione*, seguendo logiche non sempre prevedibili e condivisibili<sup>70</sup>.

## 2.2. La responsabilità dell'ISP per il contributo al fatto tipico realizzato dagli utenti della rete: l'esistenza di uno statuto speciale tra legislatore, dottrina e giurisprudenza

Analizzate le ipotesi in cui l'ISP è chiamato a rispondere in via principale ed autonoma per aver realizzato monosoggettivamente fattispecie delittuose, resta da verificare, rispetto al modello del *cittadino*, quali siano i caratteri che le condotte del *provider* debbano possedere affinché rilevino sul piano concorsuale (a titolo di partecipazione o coautoria<sup>71</sup>) e quale sia l'elaborazione giurisprudenziale sul punto.

Deve essere preliminarmente rilevato che l'esatta delimitazione della fisionomia che il contributo del concorrente deve possedere per potersi dire penalmente rilevante è tema discusso in dottrina<sup>72</sup> e, per l'economia del lavoro, non può essere compiutamente trattato.

---

<sup>70</sup> La difficile relazione tra principio di legalità e reati cibernetici è ben espressa da A. BEVERE-V. ZENO ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio*, cit., p. 377: «come fa il legislatore penale ad inseguire l'evoluzione tecnologica, stretto fra l'obbligo della tassatività, il rischio della norma penale in bianco, o priva della necessaria determinatezza e il conseguente rischio della riedizione della supplenza del giudice penale, attraverso interpretazioni pervasive? È bene ricordare che proprio nei momenti storici di adeguamento della norma penale a fronte delle svolte sociali ed economiche, si profila il maggior pericolo per il principio del divieto di analogia, naturale corollario del principio di legalità, consacrato dall'art. 25 Cost. A norme tecnicamente predisposte per una fattispecie si può accreditare una pericolosa elasticità; il ricorso diffuso a quella forma estrema e limitrofa della interpretazione estensiva, può creare perplessità sul rispetto della linea di demarcazione, già di per sé sottile».

<sup>71</sup> Per le diverse tipizzazioni degli *attori* del concorso di persone, anche in un'ottica comparatistica, si veda S. SEMINARA, *Tecniche normative*, cit.

<sup>72</sup> Si possono individuare, solo cursoriamente e senza alcuna pretesa di completezza, almeno tre distinte teoriche che propongono differenti criteri di selezione delle condotte atipiche penalmente rilevanti ovvero:

1. la *teoria causale-naturalistica*, per cui si rinvia a A. SERENI, *Istigazione al reato e auto responsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Cedam, 2000: ha carattere concorsuale la condotta che si pone come antecedente necessario alla commissione del reato;
2. la *teoria dell'influenza causale sul fatto concreto tipico realizzato da altri*, maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, per la cui esposizione si rinvia a L. STORTONI, *Agevolazione colposa e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981, pp. 98 e ss. e a G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*,

Si può, però, affermare con la giurisprudenza maggioritaria<sup>73</sup>, per avere un punto di partenza da cui verificare la responsabilità dell'ISP, che, affinché un soggetto possa concorrere in un reato, è necessario da un punto di vista oggettivo che venga effettivamente realizzato un illecito, almeno nella forma tentata, da una pluralità di persone e che il concorrente fornisca, quanto meno, una condotta di *agevolazione*, senza la quale il reato sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze o difficoltà; sul piano soggettivo si richiede in capo al concorrente un duplice dolo, consistente nella rappresentazione e nella volizione che sia realizzato un fatto di reato e di contribuire con la propria condotta allo stesso<sup>74</sup>.

Dunque, in virtù dell'insegnamento giurisprudenziale richiamato, «nulla sembra ostare all'affermazione di una responsabilità penale [dell'ISP] per i reati posti in essere tramite i mezzi e “servizi” da lui consapevolmente, pur se con diverso fine, forniti»<sup>75</sup>, poiché «indubbiamente, la fornitura ed il mantenimento, da parte dei *providers*, di “servizi” e prestazioni - tramite mezzi *hardware* e *software* messi a disposizione degli utenti ed il cui funzionamento quotidiano è da essi dipendente, benché in tutto od in parte automatizzato - appare costituire la condizione necessaria per consentire ed assicurare nel tempo l'utilizzo e la circolazione in rete dei dati, delle informazioni e dei messaggi, anche illeciti e dannosi, pur non direttamente «prodotti» dai *Providers* medesimi»<sup>76</sup>.

A tale insegnamento, propugnato dalla dottrina maggioritaria<sup>77</sup>, se ne contrappone altro secondo cui il ruolo decisivo dell'ISP nel ciberspazio impone per lo stesso uno statuto speciale più garantista in tema di responsabilità concorsuale: «la costruzione di una responsabilità concorsuale del *provider* passa attraverso la notazione

---

*Parte generale*, IV Ed., Giuffrè, 2012, pp. 423 e ss.: è penalmente rilevante solo la condotta che ha avuto efficacia causale rispetto alla realizzazione del fatto di reato per come verificatosi *hic et nunc*;

3. *teoria della strumentalità*, formulata da G. DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II Ed., Giappichelli, 2001, pp. 334 e ss.: una condotta è penalmente rilevante se è obiettivamente strumentale alla realizzazione del fatto concreto, non secondo una logica condizionalistica, ma nell'ottica dell'utilità della condotta rispetto alle concrete modalità di realizzazione del fatto.

Per un'analisi completa delle diverse posizioni della dottrina, cui qui ci si è ampiamente richiamati, si veda A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Vol. II, Giappichelli, 2012, pp. 168 e ss..

<sup>73</sup> Si vedano sul punto, Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 24895, in *Guida dir.*, 2007, p. 111; Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 811; Cass. pen., Sez. IV, 13 aprile 2004, n. 21082, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 514; Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 1994, A.V.C.I., in *C.E.D. Cass.*, n. 201244; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 1993, Mangani, *ivi*, n. 195476.

<sup>74</sup> Si vedano tra le altre Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 1995, n. 9296, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 56; Cass. pen., sez. I, 22 ottobre 1994, Pregnotato, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 81; Cass. pen., sez. II, 2 ottobre 1991, Beltrame, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 817; Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 1987, Gennari, in *CED* n. 176075.

<sup>75</sup> L. PICOTTI, *La responsabilità penale*, cit., p. 502.

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 501.

<sup>77</sup> Si vedano, tra gli altri, D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider*, cit., pp. 323 e ss.; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., pp. 460 e ss.; D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 147 e ss., nonché il già richiamato L. PICOTTI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 501 e ss.

che la sua attività presenta un contenuto assolutamente neutro e in sé consentito dall'ordinamento giuridico, i cui connotati di liceità o illiceità vanno ricercati nelle modalità di svolgimento del servizio stesso e possono attingersi all'esterno solo quando siano assistiti da un dolo di partecipazione particolarmente intenso e da un'oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato»<sup>78</sup>.

Il concorso commissivo dell'ISP sarebbe integrato, dunque, solo «nel caso di *Newsgroups* moderati personalmente dal *Service-Provider* e in quello di *Mailing-List* dallo stesso compilate, quando i dati vengano inseriti nel circuito di pubblico accesso dopo un vaglio contenutistico, mediante cioè una positiva attività»<sup>79</sup>.

Appare evidente che la restrizione dell'area di rilevanza penale delle condotte atipiche di partecipazione e di coautoria prospettata dalla dottrina da ultimo citata, per non restare una soluzione meramente ipotetica in un'ottica *de jure condendo*, deve trovare un ancoraggio normativo<sup>80</sup>.

Sul punto, centrale è la valutazione del D.Lgs. 70/2003, attuativo della direttiva 2000/31/CE, che introduce limitazioni di responsabilità per alcune attività compiute dagli ISP.

### 2.2.1. La relazione tra il D.Lgs. 70/2003 e la disciplina del concorso di persone nel reato: ricognizione o limitazione dello statuto di rilevanza penale delle condotte dell'ISP coautore o partecipe?

Come noto, gli articoli 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003 escludono ogni forma di responsabilità, anche civile, degli ISP in determinate ipotesi<sup>81</sup>: i limiti delle esclusioni sono correlati al tipo di attività svolta dal *provider*.

Volendo compendiare cursoriamente il contenuto delle citate disposizioni, nel caso dell'*access provider* (servizio di fornitura di accesso alla rete) o del *mere conduit* (servizio di trasmissione dei dati), la responsabilità è esclusa qualora il *provider* abbia

<sup>78</sup> Così S. SEMINARA, *La pirateria su internet*, cit., p. 101. La tesi di Seminara è ripresa letteralmente da Trib. Milano, Sez. V, 25 febbraio 2004, in *Giur. mer.*, p. 1713, con nota di F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit. Ad esiti simili perviene anche l'analisi di U. SIEBER, *Responsabilità penali, parte seconda*, cit., in particolare pp. 1207 e ss. Critico sulla tesi della dottrina maggioritaria, pur non abbracciando completamente l'impostazione di Seminara, F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio*, cit., in particolare pp. 592, 593 e 594.

<sup>79</sup> Così U. SIEBER, *Responsabilità penali, parte seconda*, cit., p. 1208.

<sup>80</sup> Si noti che i contributi di U. SIEBER, *Responsabilità penali, parte seconda*, cit., e di S. SEMINARA, *La pirateria su internet*, cit., sono precedenti all'emanazione della Dir. 2000/31/CE di cui il D.Lgs. 70/2003 è attuativo: le limitazioni di responsabilità propugnate dagli autori trovano il proprio fondamento in ragioni dogmatiche più che in disposizioni legislative.

<sup>81</sup> Per un'approfondita analisi delle interazioni tra responsabilità penale e D.Lgs. 70/2003 si veda G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers*, cit., pp. 2527 e ss. In generale si veda, tra gli altri, la recente analisi di E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi Google Suggest per errata programmazione del software di ricerca e di Yahoo! Italia per link illecito in violazione dei diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, pp. 44 e ss.

unicamente svolto un ruolo passivo ed automatico nella diffusione dei *file* nella rete, senza selezionarli o conoscerne il contenuto<sup>82</sup>.

Qualora, invece, l'ISP svolga funzioni di *caching* (servizio di mera memorizzazione temporanea dei dati), non sarà sanzionabile o obbligato al risarcimento di eventuali danni causati dal materiale memorizzato sui propri *server*, purché non intervenga su tali informazioni e le rimuova qualora ne conosca il contenuto illecito<sup>83</sup>.

Quanto all'attività di memorizzazione duratura di informazioni da altri pubblicate in rete (cd. *hosting*), il legislatore distingue tra responsabilità penale e civile: l'ISP sarà esente da sanzione criminale ove *non sia effettivamente a conoscenza* del fatto che *l'informazione o l'attività memorizzata sia illecita*, mentre, per rispondere sul piano risarcitorio, sarà sufficiente la cognizione di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> L'art. 14 dispone: "(I) Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

- a) non dia origine alla trasmissione;
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione;
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

(II) Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo. (III) L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

<sup>83</sup> L'art. 15, in particolare, prevede che "Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

(II) L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

<sup>84</sup> L'art. 16 dispone "(I) Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

Infine, l'articolo 17 del D.Lgs. 70/2003 esclude l'obbligo dell'ISP di vigilare sul materiale che si limita a trasmettere e memorizzare nonché l'onere di ricercare fatti o circostanze sintomatici di attività illecite<sup>85</sup>.

Corollario di questo quadro normativo è l'esclusione di forme di responsabilità concorsuale dell'ISP ove il suo contributo quale partecipe o coautore non sia sorretto almeno dal dolo diretto<sup>86</sup> 87.

Infatti, seppur con formule non pienamente sovrapponibili, il legislatore ha escluso la rilevanza penale dei contributi offerti dall'ISP (*access provider*, *cache provider* e *host provider*) alla realizzazione del fatto tipico qualora non siano almeno accompagnati, al momento della trasmissione o della memorizzazione dei dati, da una *effettiva conoscenza* del contenuto illecito degli stessi.

Dunque, rispetto alle generali ipotesi di concorso, l'ISP non potrà rispondere per aver cooperato colposamente con altri soggetti<sup>88</sup>, per concorso colposo nell'altrui

- 
- a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;
  - b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

(II) Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. (III) L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

<sup>85</sup> Su tale disposizione si tornerà ampiamente nell'ambito del paradigma dell'ISP *controllore*.

<sup>86</sup> Tale tesi è sostenuta in dottrina da U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Giuffrè, 2001, p. 81, richiamato da G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i networks providers*, cit., p. 2529 nonché R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., p. 464.

<sup>87</sup> Non è semplice l'inquadramento dogmatico di tali clausole. Quanto agli artt. 14 e 15 non sembrerebbe trattarsi di scusanti o di mere cause di non punibilità dato che il legislatore esclude ogni risposta dell'ordinamento, foss'anche mediante sanzione amministrativa od obblighi civilistici di risarcimento, restituzione o indennizzo, e non solo la pena criminale. L'effetto di esclusione di ogni responsabilità per il *provider* porta piuttosto a ritenere che tali norme possano essere ritenute, in alternativa, cause di esclusione del tipo ovvero scriminanti. Sciogliere tale dilemma non è agevole: si ritiene qui di seguire l'insegnamento di M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2004, p. 1737 per cui, poiché le clausole di esclusione del tipo sarebbero ipotesi di "autocorrezione del legislatore" relative a specifiche fattispecie incriminatrici, le norme di cui agli artt. 14 e 15 del D.lgs. 70/2003 dovrebbero ritenersi riconducibili alla categoria delle cause di giustificazione (costituirebbero il portato di un bilanciamento operato dall'ordinamento tra beni in conflitto: tutela dei terzi *vs* buon funzionamento di *internet* finalizzato alla massimizzazione della libertà di comunicazione), più che alle cause di esclusione del tipo. L'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 non può, invece, essere ricondotto nemmeno alle cause di giustificazione, giacché il fatto del *host provider* può dar luogo a responsabilità civile: il dilemma non trova, dunque, sul punto una soluzione dogmatica soddisfacente.

<sup>88</sup> Si noti che i reati cibernetici sono esclusivamente dolosi e non risultano ipotizzati allo stato nemmeno in dottrina casi di responsabilità *ex art. 113 c.p.* dell'ISP. Sull'istituto della cooperazione colposa si vedano, tra gli altri, F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 132 e ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988.

reato doloso<sup>89</sup> o per il reato diverso da quello voluto realizzato da altro partecipe<sup>90</sup>: si tratta di ipotesi tutt'altro che frequenti nella prassi.

Quanto al concorso doloso, invece, decisamente di diverso significato pratico è la conclusione per cui pare potersi escludere la rilevanza penale dei contributi sorretti dal dolo eventuale<sup>91</sup>, giacché – per definizione<sup>92</sup> – manca nell'agente in tale stato psichico la rappresentazione certa (*l'effettiva conoscenza*) della realizzazione del reato, che resta nella mente del concorrente o del coautore un *esito solo possibile* della sua azione.

A sostegno di tale conclusione merita di essere ricordato che nella versione in lingua inglese della Dir. 2000/31/CE la conoscenza richiesta all'*host provider* perché possa essere ritenuto responsabile dei contenuti illeciti memorizzati è *l'actual knowledge*, che nel diritto penale inglese «è la conoscenza che il reo ha degli elementi del fatto ed equivale all'*intention*»<sup>93</sup>, stato soggettivo sostanzialmente coincidente nelle «due forme in cui si specifica (*direct intention* e *oblique intention*) con la nostra nozione di dolo intenzionale e di dolo diretto»<sup>94</sup>.

Va, però, posto in rilievo che l'area di rilevanza dell'esclusione di responsabilità dell'ISP subisce una fondamentale restrizione *per materia*. In particolare, l'art. 1 del D.Lgs. 70/2003 esclude dal campo di applicazione del decreto stesso, per ciò che qui interessa, le disposizioni in tema di *privacy*, di giochi d'azzardo, di fortuna o comunque aleatori, che implicano una posta pecuniaria, nonché le norme in materia di ordine pubblico, prevenzione del riciclaggio, traffico illecito di stupefacenti e importazione ed esportazione di armi, munizioni ed esplosivi: per gli illeciti penali in tali materie il

---

<sup>89</sup> Individua alcune ipotesi di responsabilità dell'ISP a titolo colposo nel reato doloso dell'utente D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 153 e ss.. Peraltro la dottrina dubita della rilevanza penale stessa del contributo colposo all'altrui reato doloso: per un quadro d'insieme del problema si rinvia a F. SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 453 e ss..

<sup>90</sup> Anche in ordine alla realizzazione di reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti non si rinvergono ipotesi, nemmeno in dottrina, che coinvolgano l'ISP; su tale forma di concorso nel reato si vedano A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, 1966, nonché, più di recente, A. GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 2197 e ss.

<sup>91</sup> Sul dolo eventuale si veda S. PROSDOCIMI, *Dolus Eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, 1993.

<sup>92</sup> Secondo la definizione di G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 299, «il dolo eventuale o (dolo indiretto) si ha quando il soggetto, ancora una volta, non persegue la realizzazione del fatto, ma si rappresenta come *seriamente possibile* (non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, **pur di non rinunciare all'azione** e ai vantaggi che si ne ripromette, *accetta che il fatto possa verificarsi*: il soggetto decide di agire '*costi quel che costi*', mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto» (corsivi e grassetti degli Autori). Tale definizione è stata ripresa recentemente da Cass. pen., sez. un., 30 marzo 2010, n. 12433, Nocera, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 302.

<sup>93</sup> Così S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, II Ed., Cedam, 2002, p. 279.

<sup>94</sup> *Ivi*, pp. 279 e 280. Sul concetto di *actual knowledge* si richiama inoltre, seppur nell'ambito di una ricerca su un tema molto specifico, R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, 2008 pp. 387 e ss. in cui tale forma di colpevolezza è contrapposta alla *constructive knowledge*, cioè ad una conoscenza presunta, fondata sul criterio del *must have known*, che riecheggia allo studioso italiano il criterio del *non poteva non sapere* e l'uso distorto della teoria dei segnali d'allarme nella prova del momento rappresentativo del dolo.

concorso dell'ISP sarà perciò disciplinato secondo le norme generali di cui agli articoli 110 e seguenti del codice penale.

Discussa è, invece, l'applicabilità delle limitazioni di responsabilità in relazione al cd. *host attivo* (esemplificativamente i motori di ricerca come *Google* o gli *User Generated Content* come *You Tube*), cioè all'ISP che non si limiti a memorizzare sui propri *server* informazioni e dati, ma compia attività ulteriori quali l'indicizzazione, il filtraggio, la selezione o l'organizzazione dei contenuti<sup>95</sup>.

Chi<sup>96</sup> esclude l'applicazione all'*host attivo* dello statuto speciale previsto dal D.Lgs. 70/2003 concentra le proprie argomentazioni sulla *ratio* del privilegio previsto dall'art. 16, ovvero la mera passività dell'ISP: ogni volta in cui il *provider* intervenga in qualche modo sulla veicolazione delle informazioni non potrà avvantaggiarsi del regime più favorevole previsto dal D.Lgs. 70/2003.

Senonché non pare possa evincersi dal citato art. 16 tale conclusione, giacché non ve ne è alcun appiglio letterale, trattandosi di un esito, eventualmente da valutare in una prospettiva *de jure condendo*, cui l'attuale formulazione normativa non permette di pervenire.

Infatti, il limite letterale all'esenzione da responsabilità è la conoscenza dell'illiceità dei contenuti, non integrata in alcun modo da meccanismi automatici di filtraggio, indicizzazione, selezione o organizzazione dei contenuti; diverso sarebbe, invece, il caso in cui il soggetto abbia un controllo *ex ante* dei materiali da memorizzarsi, tanto che la pubblicazione in rete non sia automatica ma passi, necessariamente, da un'azione dell'ISP<sup>97</sup>, o quest'ultimo intervenga direttamente sui contenuti, modificandoli: si pensi paradigmaticamente ai casi già citati di *blog*,

---

<sup>95</sup> Confronta E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito*, cit., pp. 62 e ss.

<sup>96</sup> Si fa riferimento in particolare a F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, L. PICOTTI-F. RUGGIERI (a cura di), Giappichelli, 2012, pp. 223 e ss.

<sup>97</sup> Tale tesi sembra sostenuta da E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito*, cit., p. 67, che afferma: «La sussistenza di tali ulteriori servizi [indicizzazione, organizzazione, filtraggio, sfruttamento economico, n.d.r.] nel caso in cui sia accertato anche un pur minimo grado di consapevolezza dell'operatore e non siano, quindi, meramente automatizzati — integrano, infatti, gli estremi di *hosting attivo* che non si ritiene — in linea con la più recente giurisprudenza fra cui, da ultimo, quella che qui si commenta — compatibile con il ben noto regime di irresponsabilità del *safe harbour* di cui al D.Lgs. 70/2003» (sottolineatura e corsivo dello scrivente). Ad esiti simili pare pervenire anche P. COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti*, in *Dir. int.*, 2006, p. 548, ove si sostiene che nei casi di alterazioni dei siti originari memorizzati «si tratta all'evidenza di situazioni nelle quali il motore di ricerca non si limita, per così dire, a fare il suo mestiere, cioè a visitare in maniera continua le pagine della rete ed ad indicizzarle, preparandole per la successiva ricerca da parte degli interessati, ma opera attivamente sul contenuto delle pagine *web*. Ciò che costituisce, già di per sé, una condizione eccezionale dal normale regime d'irresponsabilità fissato per gli intermediari tecnici dalla normativa europea recepita a livello nazionale diversa sarebbe infatti l'ipotesi in cui la mera ricerca attraverso il motore avesse condotto a siti illeciti (particolarmente di contenuto pornografico o comunque offensivi di beni giuridici): in tal caso, assolvendo al ruolo di strumento tecnico, sollecitato dalla sola volontà dell'utente, al motore di ricerca non sembrerebbe potersi muovere alcun addebito, anche qui però al di fuori dei casi in cui l'esito della ricerca sia stato favorito dal protrarsi nella memoria del motore della presenza di siti nei confronti dei quali l'autorità giudiziaria avesse già ordinato la rimozione o la correzione».

*newsletter* o *forum* in cui i messaggi sono inviati al moderatore che decide se diffonderli ed eventualmente con quale contenuto.

Resta, dunque, centrale per fondare un rimprovero penale anche per il cd. *host attivo* la conoscenza attuale del materiale illecito da altri pubblicato in rete al momento della trasmissione o memorizzazione, come letteralmente richiesto dal predetto art. 16, salvo l'intervento sui dati memorizzati: nei casi di interventi contenutistici o di conoscenza delle informazioni prima della trasmissione, l'ISP risponderà secondo le comuni regole del concorso di persone nel reato.

### 2.2.2. La responsabilità dell'ISP in relazione ai reati di condotta tipizzati con verbi modali: un ulteriore limite alla possibilità per l'ISP di concorrere commissivamente nel reato

Un'altra significativa limitazione alle ipotesi di coautoria o di partecipazione attiva dell'ISP nei reati realizzati dagli utenti della rete si rinviene, secondo la dottrina maggioritaria<sup>98</sup>, nella tipizzazione stessa degli illeciti.

Infatti, delitti come la diffamazione, l'apologia di reato, la diffusione di materiale pedopornografico o coperto dal diritto d'autore sono tipizzati come «reati (di condotta) fondati su verbi modali come diffondere, divulgare ecc.» che «si consumano nel momento in cui i contenuti illeciti sono resi accessibili da parte del loro autore» per cui «una partecipazione del *provider* non può ravvisarsi né nel successivo mantenimento della disponibilità in rete di quei contenuti, né nella loro omessa cancellazione, in entrambi i casi trattandosi di condotte susseguenti la già avvenuta realizzazione del reato»<sup>99</sup>.

Dunque, prosegue l'Autorevole dottrina, «sembra doversi ammettere che, nel nostro sistema, un concorso del *provider* nella diffusione di materiali illeciti da terzi direttamente immessi sul *server* da lui gestito risulta attualmente ammissibile solo qualora egli abbia una previa consapevolezza dell'altrui intenzione di commettere uno specifico reato e dolosamente intenda agevolare la realizzazione, ciò che ad esempio ricorre nel caso di offerte di materiali a contenuto tematico altamente specifico e immediatamente riconoscibile nel suo carattere antiggiuridico»<sup>100</sup>.

Il portato di tale esegesi non pare di poco significato, giacché esclude dall'alveo delle condotte concorsuali tutte le attività che accedono ad una diffusione già avvenuta e *in essere*, eventualmente amplificandone il novero dei destinatari, ma senza comportare una immissione in rete di un nuovo contenuto illecito<sup>101</sup>. Si pensi, quale esempio paradigmatico, al *link* ad un sito che offre in *streaming* opere coperte dal diritto

---

<sup>98</sup> Si vedano tra gli altri R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., pp. 462 e ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit., pp. 764 e ss.

<sup>99</sup> Così S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit., p. 765

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 796.

<sup>101</sup> Si aderisce qui a quell'esegesi sostenuta da S. PROSDOCIMI, *Profili penali del post fatto*, Giuffrè, 1982, in particolare p. 186, riproposta più di recente da G. ROTOLO, *Il momento consumativo della truffa: casi giurisprudenziali e prospettive politico criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2011, pp. 661 e ss., che esclude la distinzione tra consumazione formale e consumazione sostanziale.

d'autore: in tal caso, chi permette il collegamento si limiterebbe ad indicare un materiale già diffuso, senza alcuna attività di ulteriore immissione in rete, e agevolerebbe, perciò, più che la messa a disposizione che si è già compiuta, l'accesso, penalmente irrilevante, a tale materiale.

Quale elemento ulteriore a fondamento di tale tesi si può richiamare il delitto di diffusione di materiale pedopornografico<sup>102</sup>, in cui il legislatore, per non lasciare nessuna condotta impunita data l'importanza del bene giuridico tutelato, ha introdotto specificamente la condotta di pubblicizzazione di materiale pedopornografico per via telematica<sup>103</sup>, fattispecie tipicamente realizzabile con un *link* a materiale illecito da altri immesso in rete, debitamente posto in risalto dal sito richiamante.

Ovviamente del tutto diversa sarà l'ipotesi in cui il soggetto acquisisca il materiale illecito (pedopornografico, coperto da diritto d'autore, diffamatorio) e lo diffonda nuovamente, inserendolo, ad esempio, tra i propri contenuti: in tale ipotesi si è fuori dal post fatto non punibile e si realizza una nuova condotta tipica monosoggettiva.

Sarà utile ora verificare se le limitazioni di responsabilità più sopra descritte si rinvercano nella giurisprudenza e, in particolare, nei due fondamentali casi, decisi dalla Suprema Corte, noti come *The Pirate Bay* e *Sky-calcio libero*.

### 2.2.3. La sentenza SKY-calcio libero: un "momento" di confusione sul contributo atipico dell'ISP alla violazione del diritto d'autore da altri compiuta

Il caso *Sky-calcio libero*<sup>104</sup> è scaturito dalla richiesta di sequestro di un sito *internet* che permetteva ai propri utenti, fornendo il necessario *link* a *server* cinesi e il *software* per lo *streaming*, di vedere le partite del campionato di calcio italiano, coperte da esclusiva *Sky*, grazie alla diffusione in *internet* compiuta dalla tv cinese che aveva acquistato la licenza per la diffusione locale.

In particolare, la Suprema Corte è stata chiamata a decidere sulla predetta misura cautelare dopo che sia il GIP<sup>105</sup> che il Tribunale del riesame<sup>106</sup>, adito quale

<sup>102</sup> Si tratta dell'art. 600 *ter*, comma III, c.p.. Per un commento a tale norma si veda, L. PISTORELLI, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, 3 ed., art. 600 *ter*, pp. 5748 e ss.

<sup>103</sup> Infatti, secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la persona*, IV ed., Cedam, 2011, p. 482, la pubblicizzazione è «da intendersi come: a) diffusione di notizie o informazioni sull'esistenza (o anche sulle caratteristiche) di materiale pornografico; b) in termini di pubblicità di tipo commerciale, ossia di propaganda volta a stimolarne l'acquisto e fruizione; c) con destinatari una pluralità di soggetti (...); d) con o anche senza scopo di lucro».

<sup>104</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2006, n. 33945 in *Dir. info.*, 2006, p. 741, con nota di P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela dalla sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*. Si vedano, inoltre, i commenti di R. FLOR, *La rilevanza penale dell'immissione abusiva in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno: bene iudicat qui bene distinguit?*, in *Dir. info.*, 2007, p. 557 e G. MARI, *Brevi cenni al tema della responsabilità a titolo di concorso materiale "agevolatore" dei "consapevoli fornitori di link" nel sistema delle reti P2P*, in *Riv. dir. aut.*, 2008, pp. 103 e ss.

<sup>105</sup> Trib. Milano, Ufficio GIP, 8 febbraio 2006, Giud. Clivio, in *Dir. int.*, 2006, pp. 261 e ss., con nota di G. DALIA, *Quando lo streaming di partite di calcio non è illegale*.

giudice del gravame, avevano rigettato la richiesta della Procura di Milano, ritenendo, per ciò che qui interessa<sup>107</sup>, che «fra più condotte generiche suscettibili di integrare la messa a disposizione ad una serie indeterminata di soggetti, il legislatore ha inteso sanzionare penalmente [con l'art. 171, comma I, lett. a) *bis*, l. 633/1941] soltanto la condotta specifica di immissione nella rete *internet* dell'«opera protetta»<sup>108</sup> e poiché gli indagati si erano limitati a pubblicizzare un'immissione altrui, la condotta di agevolazione alla consultazione dei siti avveniva in un momento successivo al perfezionamento del reato ed era perciò penalmente irrilevante<sup>109</sup>.

Di diverso avviso, invece, il giudice di legittimità, che ha ammesso la possibilità in astratto di un concorso dei gestori del sito italiano. Secondo la Suprema Corte «è innegabile che gli attuali indagati hanno agevolato, attraverso un sistema di guida *on line*, la connessione e facilitato la sincronizzazione con l'evento sportivo; senza la attività degli indagati, *non ci sarebbe stata, o si sarebbe verificata in misura minore, la diffusione delle opere tutelate*. Le informazioni sul *link* e sulle modalità per la visione delle partite in Italia, per raggiungere il loro obiettivo, devono essere state inoltrate agli utenti in epoca antecedente alla immissione delle trasmissioni in via telematica; tale rilievo, se puntuale in fatto, comporta come conseguenza che, in base alle generali norme sul concorso nel reato, gli indagati, pur non avendo compiuto l'azione tipica, hanno posto in essere una condotta consapevole avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato»<sup>110</sup>.

È di tutta evidenza l'errore in cui è caduta la Suprema Corte, equivocando in parte le decisioni di merito.

Infatti, il problema posto dal Tribunale del riesame rispetto alla scansione temporale del reato non è di carattere meramente cronologico, cioè relativo al fatto che le informazioni per l'accesso al sito cinese vengano offerte prima o dopo l'inizio della diffusione della partita, ma attiene alle fasi dell'*iter criminis* e alle peculiarità del fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice. In particolare, poiché è punito chi «mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche (...) un'opera dell'ingegno protetta»<sup>111</sup>, nel momento stesso in cui l'opera è diffusa in rete il reato è consumato, per cui non è possibile nessun ulteriore contributo concorsuale<sup>112</sup>.

D'altro canto, anche seguendo il ragionamento del Giudice di legittimità, il fatto di avvisare gli utenti della rete che in futuro verrà messa a disposizione da altri soggetti un'opera dell'ingegno protetta, indicandone le modalità di fruizione, non contribuisce in alcun modo all'immissione in rete della stessa, potendo al più, come già rilevato, agevolarne l'accesso. Sul punto basti considerare proprio il caso *Sky-calcio libero*: i gestori del sito italiano non incidono in alcun modo sull'immissione in rete

<sup>106</sup> Si tratta in particolare di Trib. Milano, sez. XI (Riesame), 9 marzo 2006, in *Foro Amb.*, 2006, pp. 77 e ss.

<sup>107</sup> Il Tribunale aveva escluso anche che la ripresa dell'evento sportivo costituisca opera protetta dal diritto d'autore: sul punto si veda R. FLOR, *La rilevanza penale dell'immissione abusiva*, cit., pp. 562 e ss.

<sup>108</sup> Così Trib. Milano, sez. XI (Riesame), 9 marzo 2006, cit., p. 79.

<sup>109</sup> Confronta Trib. Milano, sez. XI (Riesame), 9 marzo 2006, cit.

<sup>110</sup> In questi termini Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2006, n. 33945, cit.

<sup>111</sup> Così la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 171, comma I, lett. a) *bis*, l. 633/1941.

<sup>112</sup> In questo senso anche R. FLOR, *La rilevanza penale dell'immissione abusiva*, cit., in particolare pp. 571 e 572.

delle partite di calcio, che avveniva per opera e volontà esclusiva del sito cinese, ma potevano solo agevolarne la visione a soggetti che, indipendentemente da tale *link*, avrebbero potuto comunque accedere al *server* cinese.

Diversamente, valorizzando come fatto dalla Cassazione il novero dei soggetti che accedono all'opera dell'ingegno protetta, si muta geneticamente un delitto di mera condotta in uno di evento, non senza violare il principio di legalità<sup>113</sup>.

Dunque, per affermare la rilevanza penale della condotta dei gestori del sito italiano si dovrebbe ipotizzare una fattispecie di parte speciale che incrimini la pubblicizzazione – in tal caso l'ISP sarebbe autore del reato – o il mero godimento senza titolo dell'opera coperta dal diritto d'autore – per cui il *provider* concorrerebbe nell'illecito penale dell'utente che accede al sito.

#### 2.2.4. La Baia dei Pirati: la centralità della descrizione delle modalità di diffusione in rete nella valutazione della rilevanza concorsuale della condotta dell'ISP

Significativamente più rigorosa in punto di principi fondamentali del diritto penale e di esatta descrizione del contributo concorsuale dell'ISP è la decisione della Cassazione sul sequestro preventivo del sito *The Pirate Bay*<sup>114</sup>.

Nuovamente il giudice di legittimità è stato chiamato a pronunciarsi sul sequestro di un sito *internet* che permetteva la condivisione tra utenti (*peer to peer* o *p2p*) di opere coperte dal diritto d'autore.

Nella sua decisione la Corte individua, in una pregevole *actio finium regundorum*, i caratteri minimi che la condotta dell'ISP deve possedere per essere penalmente rilevante nel caso in cui metta in comunicazione utenti che compiono un'illecita attività di *uploading*<sup>115</sup>.

In tale *distinctio*, se le pagine *web* «si limit[ano] a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello *peer-to-peer*) per consentire la condivisione di *file*, contenenti l'opera coperta da diritto d'autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso [è] in realtà estraneo al reato»<sup>116</sup> giacché non immette nulla in rete né partecipa all'immissione.

Diverso è, invece, ove «la diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore avviene sempre da utente ad utente tramite un più sofisticato protocollo *peer-to-peer* che, frammentando l'attività di *uploading*, ha l'effetto di velocizzarla e di evitare le "code" di attesa nel caso in cui tale attività sia operata da un unico utente. Questa

---

<sup>113</sup> Conforme all'opinione qui espressa, R. FLOR, *La rilevanza penale dell'immissione abusiva*, cit., p. 575; *contra* G. MARI, *Brevi cenni al tema*, cit., p. 115.

<sup>114</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 1093, con nota di L. CUOMO, *La Cassazione affonda la Baia dei Pirati*, nonché in *Dir. info.*, 2010, p. 448 con nota di F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay"*.

<sup>115</sup> Nel caso di specie il reato contestato è quello di cui all'art. 171 *ter*, comma II, lett. a) *bis*, L. 633/1941 che punisce chi "in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante concessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa".

<sup>116</sup> Così Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, cit.

possibile frammentazione dell'attività di *uploading* comporta che la messa in rete dell'opera è riferibile non più ad un determinato utente, ma ad una pluralità di essi che concorrono tutti diffondendo una parte dell'opera coperta da diritto d'autore»; vista la modalità di diffusione dei *file*, solo «ricomponendo i frammenti secondo le istruzioni di tracciamento che sono nel sito *web*, si ha il trasferimento dell'opera intera (o di parti di essa)»<sup>117</sup>. Da un punto di vista penalistico, perciò, «la diffusione [delle opere dell'ingegno] è ascrivibile innanzitutto ai singoli utenti» ma «l'attività di indicizzazione e di tracciamento [che] è essenziale perché gli utenti possano operare il trasferimento dell'opera (che in tal caso va da una pluralità di utenti autori dell'*uploading* verso una potenziale pluralità di utenti ricettori del *downloading*) è ascrivibile al (gestore del) sito *web*»<sup>118</sup>.

In quest'ultima ipotesi, dunque, l'attività dell'ISP incide direttamente sulle modalità di immissione dell'opera nella rete: il *provider* è perciò coautore dell'illecito.

#### 2.2.5. Conclusioni in punto di responsabilità per concorso attivo dell'ISP: lo statuto speciale dell'ISP quale esito di una scelta di politica criminale

In conclusione, si può affermare che nel nostro ordinamento, in virtù di una precisa scelta di politica criminale del legislatore espressa dalle citate norme del D.Lgs. 70/2003, trasposizione della Dir. 2000/31/CE, nonché per la specifica tipizzazione delle fattispecie realizzate con maggior frequenza nella rete, sia previsto per l'ISP uno statuto speciale di responsabilità concorsuale.

Tale quadro rende, dunque, sotto il profilo concorsuale, l'ISP un *cittadino* del cyberspazio significativamente tutelato: la bilancia delle garanzie pare pendere, sul punto, a favore del diritto alla piena manifestazione del pensiero piuttosto che a vantaggio degli altri diritti fondamentali che col primo possono entrare in conflitto.

### 3. Il paradigma del controllore: il fuoco di sbarramento dei formanti e la trincea delle ipotesi residuali

Il secondo paradigma possibile di criminalizzazione dell'ISP trova il suo nucleo fondante nella previsione di una posizione di garanzia in capo al *provider*, volta ad impedire i reati realizzati dagli utenti della rete. In questo modello, l'ISP svolge una funzione di *controllore*, se non di censore, sulle attività che si svolgono in rete, scegliendo il materiale che può o meno accedere al cyberspazio: dunque, un paradigma centrato sulla tutela dei terzi, *costi quel che costi* in termini di limitazioni alla manifestazione del pensiero.

---

<sup>117</sup> *Ibidem*. Per una spiegazione informatica delle modalità di funzionamento di tale sistema si veda J. KUROSE-K.W. ROSS, *Reti di calcolatori e internet. Un approccio top-down*, IV ed. italiana a cura di O. M. D'ANTONA, Pearson Education, 2008, pp. 131 e ss.

<sup>118</sup> In questi termini, Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, cit.

Nel nostro ordinamento tutti i formanti<sup>119</sup>, legislativo, dottrinale e giurisprudenziale, hanno creato un *fuoco di sbarramento* costante, finalizzato ad escludere l'esistenza di un obbligo di garanzia in capo all'ISP, per evitare che il *provider* divenisse un censore della rete.

Non di meno, restano aperte alcune *trincee*, inesplorate dalla giurisprudenza e presidiate da una dottrina autorevole<sup>120</sup> ma minoritaria, in cui si prospetta l'esistenza di un obbligo di garanzia dell'ISP, fondato su specifiche disposizioni che impongono al *provider* di informare l'autorità dei reati di cui ha avuto conoscenza: una forma di rimprovero a metà tra il paradigma del *controllore* e quello del *tutore dell'ordine*.

### 3.1. Il fuoco di sbarramento dei formanti dottrinale e legislativo: le ragioni generali che escludono la sussistenza di un obbligo di impedimento del reato altrui commesso in rete

La dottrina ha costantemente escluso, fin dai più risalenti scritti in materia di responsabilità dell'ISP<sup>121</sup>, che l'ordinamento ponesse in capo al *provider* una generale posizione di garanzia o, più precisamente, un obbligo di impedimento di reati commessi dagli utenti della rete. Anche prescindendo dal fatto che è assai discussa la possibilità di muovere un rimprovero penale a taluno per non aver impedito un reato da altri realizzato<sup>122</sup>, le ragioni che ostano alla configurazione di una tale forma di responsabilità in capo ai *provider* sono molteplici.

In primo luogo manca una norma che fondi un generale obbligo degli ISP di controllare le condotte degli utenti della rete o di proteggere beni che possono essere offesi nel ciberspazio<sup>123</sup>.

Al contrario, il legislatore ha esplicitamente affermato, con l'art. 17 D.Lgs. 70/2003, che il *provider* "non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite". Inoltre,

---

<sup>119</sup> Per il concetto di formante si veda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Giappichelli, 1992.

<sup>120</sup> Il riferimento è a L. PICOTTI, *La responsabilità penale*, cit., p. 504, in relazione alle norme sulla *privacy* come previste dalla precedente l. 675/1996; ID., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet* (l. 6 febbraio 2006, n. 38) (parte seconda), in *Stud. iur.*, 2007, pp. 1207 e ss. Aderisce a tale tesi che traspone in relazione alla tutela del diritto d'autore e, più in generale, al D. Lgs. 70/2003, R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., pp. 457 e ss.

<sup>121</sup> Si pensi in particolare agli scritti di S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit., e A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale*, cit., rispettivamente del 1998 e del 2001.

<sup>122</sup> È, infatti, assai discusso che l'omesso impedimento del reato altrui costituisca forma di manifestazione del reato prevista dall'ordinamento: per una ricognizione del problema si vedano L. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., pp. 378 e ss. e A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., in particolare pp. 189 e ss.

<sup>123</sup> In punto di obblighi di protezione si veda quanto icasticamente sottolineato da F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1726: «in relazione all'ipotesi di una posizione di garanzia estrinsecatesi nelle forme dell'obbligo di protezione - a prescindere dall'assenza di una previsione di diritto positivo in tal senso - appare quantomeno dubbia l'esistenza di un bene giuridico metaindividuale, da identificarsi in una "Internet sana" rispetto al quale il fornitore di connettività abbia un obbligo giuridico di tutela da ogni possibile fonte di pericolo, quale potrebbe essere l'immissione di dati illeciti».

l'eventuale verifica delle comunicazioni personali tra utenti della rete integra il delitto di violazione di corrispondenza di cui all'art. 616 c.p. Dunque, non solo manca un obbligo giuridico di controllo, ma, per di più, nei casi di corrispondenza privata, la tutela della segretezza è presidiata penalmente.

Né può fondarsi un rimprovero all'ISP sugli artt. 57 e 57 *bis* c.p., che disciplinano la responsabilità del direttore e del vice-direttore responsabile (per la stampa periodica) e dell'editore o dello stampatore (per quella non periodica) per i reati commessi col mezzo della stampa e non impediti a causa di un insufficiente controllo<sup>124</sup>: l'applicazione di tali norme al *provider* si risolverebbe in un'estensione analogica – dunque vietata – delle stesse<sup>125</sup>.

Manca, inoltre, in concreto, la possibilità di controllo per l'ISP del materiale che viene trasmesso o memorizzato «dato l'enorme flusso di dati che transitano sul o sui *servers* gestiti da ciascun *Provider*, essendo oltretutto sempre possibile che la trasmissione di o l'accesso a determinati dati avvengano anche per selezione (automatica o meno) di collegamenti alternativi, in conformità con la struttura aperta (od "anarchica", come è stato detto) di *Internet*, che non rappresenta alcun unitario sistema centralizzato, ma una possibilità di molteplici connessioni, fra reti e *computer* diversi, "semplicemente" in grado di scambiarsi dati utilizzando protocolli di trasmissione comuni»<sup>126</sup>.

Infine, mancano in capo all'ISP poteri impeditivi<sup>127</sup> dei reati che gli utenti possono realizzare in *internet*, sia dal punto di vista giuridico che da quello fattuale.

Infatti, sotto il profilo giuridico, deve rilevarsi come il quadro normativo di cui agli articoli 14 e seguenti del D.Lgs. 70/2003 consenta al *provider* di impedire l'accesso ai dati da altri immessi e di rimuoverli solo a seguito di richiesta dell'autorità o ove tale materiale risulti *ictu oculi* illecito<sup>128</sup>; in tutti gli altri casi, la rimozione di materiale può dar luogo, quantomeno, ad un obbligo risarcitorio dell'ISP nei confronti dell'utente ingiustamente censurato<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria gli artt. 57 e 57 *bis* c.p. disciplinano una particolare forma di agevolazione colposa del reato doloso altrui. Sul punto, *ex pluribus*, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, Volume I*, III ed., Giuffrè, 2004, pp. 618 e ss.

<sup>125</sup> Sostengono tale tesi, tra gli altri, R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., p. 454; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, pp. 539 e ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale*, cit., p. 148; F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1719. Peraltro l'affermazione dell'inapplicabilità degli artt. 57 e ss. c.p. alla telematica si rinviene già in V. ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa. Note critiche*, in *Dir. info.*, 1998, in particolare p. 16.

<sup>126</sup> Così L. PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit., p. 380.

<sup>127</sup> Il concetto di potere impeditivo è controverso in dottrina. Non si può qui ripercorrere il problema per cui si rinvia, per un quadro generale, ad A. NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., pp. 275 e ss.

<sup>128</sup> Si veda sul punto V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider*, cit., p. 1928, che fonda tale esegesi, in particolare, sugli artt. 14, comma III, 15, comma II, e 16, comma III, D.Lgs. 70/2003.

<sup>129</sup> Si tratta del cd. "Dilemma del provider" descritto da M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, cit., p. 204: «a fronte di una diffida a rimuovere un'informazione da parte di un soggetto che si assuma ingiustamente danneggiato, il *provider* si troverebbe esposto ad una difficile alternativa: assecondare l'intimazione esponendosi però alle pretese risarcitorie dell'*user* il quale dimostri davanti all'autorità giudiziaria la liceità dell'informazione rimossa, o, al contrario, non rimuovere l'informazione

La fondamentale ragione che osta all'esistenza in capo all'ISP di poteri impeditivi in concreto degli illeciti altrui è la struttura stessa di *internet*: «un intervento del *provider*, eventualmente richiesto dall'autorità giudiziaria, finalizzato a rimuovere le informazioni illecite o disabilitare l'accesso, potrebbe rivelarsi del tutto inefficace, ben potendo tecnicamente gli utenti accedere per altra via ai contenuti illeciti, attraverso differenti siti *web* o un diverso *server*»<sup>130</sup>.

Ad esiti non diversi si addiuvano ove si voglia fondare la responsabilità dell'ISP su una precedente attività pericolosa<sup>131</sup> giacché «l'astratta possibilità che si commettano reati *on line* non può rendere, per ciò solo, pericolosa la necessaria e fondamentale attività di concessione di servizi per tutti i potenziali utenti, messi in grado di accedere alla enorme massa di informazioni che circolano *on line*, sempre più indispensabili nella gestione quotidiana della propria vita sociale, professionale e privata»<sup>132</sup>.

### 3.2. Il fuoco di sbarramento del formante giurisprudenziale: l'esclusione di un obbligo di impedimento del reato altrui nelle decisioni di merito e di legittimità

Il fuoco di sbarramento è stato alimentato dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che ha fatto proprie le ragioni della dottrina, escludendo la sussistenza di un obbligo di impedimento del reato altrui in capo all'ISP.

Si tratta delle decisioni milanesi *Google vs Vivi Down*<sup>133</sup>, in relazione all'accusa di diffamazione mossa ai gestori dell'ISP, e di un caso di *link* a sito contenente materiale pedopornografico in cui si ipotizzava la responsabilità del gestore del sito richiamante

---

asserita illecita, esponendosi però alle pretese risarcitorie dell'intimante il quale provi davanti all'autorità giudiziaria l'effettiva illiceità del materiale non rimosso».

<sup>130</sup> Così V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider*, cit., pp. 1935 e 1936.

<sup>131</sup> La teoria dell'*Ingerenz – Gedanke* affonda le proprie radici in Germania, ordinamento in cui non era prevista una formula di equivalenza tra omissione e commissione sul modello, ad esempio, dell'art. 40 cpv. c.p. e afferma l'esistenza di un generale obbligo di attivarsi per impedire le conseguenze dannose della propria precedente condotta; tale teoria è stata aspramente criticata da una parte della dottrina italiana: per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Cedam, 2011, pp. 165 e ss.

<sup>132</sup> In questi termini, D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., p. 169. Dello stesso avviso F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit., p. 1725, «Non appare infatti possibile ravvisare, nella gestione da parte del *provider* di un canale telematico, gli estremi di un'attività pericolosa suscettibile di imporre un obbligo di attivazione, peraltro sostenuto da un affidamento in tal senso della collettività, dal momento che la mera fornitura di un accesso ad *internet*, ovvero di spazi virtuali su supporti collegati in rete, lungi dal determinare un'esposizione a pericolo di alcun interesse giuridicamente o socialmente rilevante, rappresenta, *par ricochet*, una condotta socialmente adeguata, scevra di un sostrato di *erlaubtes Risiko* e comunque eccessivamente distante rispetto alla soglia del pericolo di realizzazione del fatto tipico (...), che non può certamente ritenersi naturale sviluppo dell'agire precedente del provider, consistendo invece esclusivamente nell'autonoma azione, volontaria e consapevole, di un terzo». *Contra* F. SGUBBI, *Parere pro-veritate*, in *Dir. info.*, 2009, p. 746 che afferma, in merito alla vicenda *Google vs Vivi Down*, «la gestione di un sito nel quale chiunque può caricare un proprio video con una semplice operazione di *upload* è senza dubbio esercizio di attività pericolosa per i beni altrui, considerata anche la potente diffusività dei messaggi diffusi a mezzo *internet*».

<sup>133</sup> Si tratta di Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit. Per i richiami bibliografici si veda la nota 30.

per l'omesso controllo del materiale pubblicato sulle pagine *web* richiamate<sup>134</sup>, e, infine, della giurisprudenza di legittimità<sup>135</sup> che ha escluso l'applicazione dell'art. 57 c.p. al direttore di un periodico *on line*, affermando, inoltre, che tale principio opera anche per gli *access provider*, *service provider*, *hosting provider* e per i coordinatori di *blog* e *forum*.

### 3.2.1. Non vi è alcun obbligo gravante sull'ISP di controllo del materiale pubblicato nel sito richiamato con un link

La prima decisione<sup>136</sup> che merita di essere ricordata, tra le più note e risalenti sul punto, ha visto imputato il gestore di un sito *web* che catalogava per temi altre pagine *on line* e redigeva settimanalmente una classifica dei siti più votati dagli utenti: dalla classifica attraverso dei *link* era possibile visitare le pagine più apprezzate. Uno tra i siti richiamati conteneva nei sottomenù, cui si accedeva risolvendo un indovinello, alcune immagini e video pedopornografici: da ciò l'imputazione *ex art. 600 ter*, comma III, c.p.

Ancor prima di verificare il dolo del gestore del sito richiamante, il Tribunale di Milano esclude in capo allo stesso una posizione di garanzia e, dunque, un dovere di controllo penalmente sanzionato dei siti richiamati.

Le argomentazioni poste a fondamento della decisione dei giudici ambrosiani ricalcano quelle proposte dalla dottrina.

In primo luogo, non è possibile fondare un obbligo di garanzia in capo all'ISP data «l'assenza di una previsione specifica», «la non applicabilità in via analogica – *in malam partem* – degli art. 57 e 57 *bis* c.p.», e l'inoperatività della teoria della precedente attività illecita giacché «l'apertura di un *link* con un determinato sito (...) rappresenta un'azione consentita e del tutto neutra per il diritto penale»<sup>137</sup>.

Rileva, infine, il Tribunale che, «anche ammettendo per ipotesi una posizione di garanzia, mancherebbe la possibilità concreta di esercitare un efficace controllo sui messaggi ospitati sul proprio sito, visto l'enorme afflusso dei dati che transitano sui *servers* e la possibilità costante di immissione di nuove comunicazioni»<sup>138</sup>.

Il decidente condivide dunque pienamente le linee interpretative della dottrina<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> La decisione è Trib. Milano, 25 febbraio 2004, Est. Simi, in *Giur. mer*, 2004, p. 1922, con nota di F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit.

<sup>135</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, in *questa Rivista*, con nota di S. TURCHETTI, *L'art. 57 c.p. non è applicabile al direttore del periodico on line*, e in *Giust. pen.*, parte II, 2011, pp. 261 e ss., con nota di V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale del provider tra applicazione della normativa sulla stampa ed esigibilità del controllo sui contenuti di internet*; si veda poi Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, in *questa Rivista*, con nota di S. TURCHETTI, *Un secondo "alt" della Cassazione all'applicazione dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico on line*.

<sup>136</sup> Trib. Milano, 25 febbraio 2004, Est. Simi, cit.

<sup>137</sup> Si tratta di espressioni contenute nella citata sentenza Trib. Milano, 25 febbraio 2004, Est. Simi.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> Il Tribunale indica precisamente l'insegnamento dottrinale cui aderisce, richiamando *apertis verbis* le opere di A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale*, cit.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit.; ID., *La responsabilità penale*, cit.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale*, cit.; G. CASSANO-F. BUFFA, *Responsabilità del content provider*, cit.

### 3.2.2. *Google vs Vivi Down: l'ISP non ha un obbligo di controllo preventivo sui materiali memorizzati sui propri server*

Anche la decisione, già richiamata, *Google vs Vivi Down*<sup>140</sup> pone un freno alla possibilità di configurare una posizione di garanzia in capo all'ISP.

Come già anticipato, oltre all'imputazione per illecito trattamento dei dati, i responsabili di *Google* sono stati chiamati a rispondere dell'omesso impedimento del reato di diffamazione realizzato dagli autori del video.

In particolare, il dovere di impedimento era stato rinvenuto dalla pubblica accusa nelle norme del codice della *privacy*<sup>141</sup> che prescrivono l'informativa agli utenti sul trattamento dei dati (art. 13), l'autorizzazione scritta dell'interessato e quella preventiva del Garante per il trattamento di dati sensibili (art. 26) e, infine, l'adozione di speciali garanzie per il trattamento dei dati sensibili (art. 17)<sup>142</sup>.

Di tutt'altro avviso il Giudice ambrosiano, che sul punto è *tranchant*: «non esiste a parere di chi scrive, perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo delle innumerevoli serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti *web*, e non appare possibile ricavarlo *aliunde* superando d'un balzo il divieto di analogia *in malam partem*, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale»<sup>143</sup>.

Secondo il decidente non è infatti conferente il richiamo alle disposizioni a tutela della riservatezza: «non appare conforme a tali prescrizioni (...) far derivare l'esistenza di [un] obbligo di intervento dalla violazione di una legge che non abbia per oggetto tali condotte e che sia stata emanata a copertura di comportamenti diversi da quello contestato»<sup>144</sup>.

Prosegue il Tribunale, anche ammettendo, controfattualmente, un obbligo di impedire i reati in capo all'ISP, questo gli imporrebbe un controllo preventivo su tutto il materiale immesso in rete, cioè una condotta inesigibile<sup>145</sup> data «l'estrema difficoltà

---

<sup>140</sup> Si tratta di Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit. Per i richiami bibliografici si veda la nota 30.

<sup>141</sup> Riecheggia chiaramente nell'accusa la ricostruzione di L. PICOTTI, *La responsabilità penale*, cit., p. 504 che nella vigenza della l. 675/1996 aveva riconosciuto in capo all'ISP una posizione di garanzia, sostenendo che «l'esigenza di controllo della fonte di pericolo, rappresentata dal «trattamento» dei dati personali (anche) in reti aperte, per la tutela dei beni giuridicamente rilevanti indicati dall'art. 1, comma I, l. n. 675 del 1996, giustifica insomma, già *de jure condito*, un'articolata imposizione di obblighi anche strumentali, su coloro che professionalmente operano e forniscono servizi nel settore: ovviamente, nei limiti in cui abbiano (o debbano avere, quale onere anche giuridicamente rilevante, per l'esercizio della loro attività, certo legittima e socialmente utile, ma non per questo priva di rischi per gli interessi altrui) un indubbio dominio tecnico-organizzativo sulla predetta "fonte di pericolo"».

<sup>142</sup> Per un'ampia ricostruzione della prospettiva accusatoria si veda F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria*, cit.

<sup>143</sup> Così Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit. È interessante notare che tale periodo è ripetuto due volte nella sentenza alle pp. 95 e 103 della decisione, probabilmente a sottolineare l'importanza del punto.

<sup>144</sup> Così Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit., p. 104.

<sup>145</sup> Sull'inesigibilità di un controllo dell'ISP su tutto il materiale memorizzato o trasportato si veda G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità*, cit.

tecnica (...) e le conseguenze che ne potrebbero derivare»<sup>146</sup>: «l'obbligo del soggetto/web di impedire l'evento diffamatorio, imporrebbe allo stesso un controllo o un filtro preventivo su tutti i dati immessi ogni secondo sulla rete, causandone l'immediata impossibilità di funzionamento»<sup>147</sup>.

In conclusione, l'assenza di un obbligo di impedimento del reato altrui e l'inesigibilità di un controllo preventivo sul materiale diffuso in rete, escludono secondo il Giudice ambrosiano, per utilizzare la paradigmatica qui proposta, che l'ISP abbia il ruolo di *controllore della rete*, potendo, invece, essere rimproverato solo in quanto *cittadino del cyberspazio*: «sarà possibile considerar[e gli ISP] responsabili dei contenuti dei *file* caricati (soprattutto nel caso si tratti di *hoster attivi* o *content provider*) solo nel momento in cui si provi la consapevolezza del fatto delittuoso, al di là della esistenza di posizioni di garanzia non mutuabili da altri settori dell'ordinamento»<sup>148</sup>.

### 3.2.3. Non è predicabile una responsabilità dell'ISP per omesso controllo dei contenuti pubblicati: al cyberspazio non si applica la normativa sulla stampa

Infine, la Cassazione<sup>149</sup>, risolvendo di fatto un contrasto giurisprudenziale sviluppatosi in seno alle Corti di merito<sup>150</sup>, ha escluso l'applicabilità dell'art. 57 c.p. non solo ai direttori dei periodici *on line*, ma anche agli *access provider*, ai *service provider*, agli *hosting provider* e ai coordinatori di *blog* e *forum*. In particolare, la Suprema Corte, partendo dal problema dell'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico *on line*, coglie l'occasione per esprimere principi di più ampia portata.

In primo luogo, l'equivoco di fondo che il Giudice di legittimità<sup>151</sup> scioglie attiene all'indiscriminata applicabilità dell'art. 57 c.p. a tutti i *media* non solo alla carta stampata, come, invece, indubitabilmente previsto dalla norma penale visto il suo tenore letterale. Segnatamente, la Cassazione esclude che il prodotto di *internet* possa essere ricondotto al concetto di carta stampata<sup>152</sup>, se non previo ricorso ad un'interpretazione analogica *in malam partem*.

---

<sup>146</sup> Così Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit., p. 105.

<sup>147</sup> *Ivi*, p. 104.

<sup>148</sup> *Ivi*, p. 105.

<sup>149</sup> Si tratta di Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, cit., e della successiva Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, cit., che ricalca il percorso motivazionale della prima.

<sup>150</sup> Sul conflitto nella giurisprudenza di merito in ordine all'applicabilità dell'art. 57 c.p. ai direttori dei periodici *on line* si vedano V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale*, cit., pp. 262 e ss., nonché S. TURCHETTI, *L'art. 57 c.p. non è applicabile*, cit.

<sup>151</sup> Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, cit.

<sup>152</sup> Rileva, infatti, la Suprema Corte (Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, cit.) che «perché possa parlarsi di stampa in senso giuridico (appunto ai sensi della ricordata L. n. 47 del 1948, art. 1), occorrono due condizioni che certamente il nuovo *medium* non realizza: a) che vi sia una riproduzione tipografica (*prius*), b) che il prodotto di tale attività (quella tipografica) sia destinato alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico (*posterius*). Il fatto che il messaggio *internet* (e dunque anche la pagina del giornale telematico) si possa stampare non appare circostanza determinante [giacché] non tutti i messaggi trasmessi via internet sono "stampabili": si pensi ai video, magari corredati di audio. E se è, pur vero che la "stampa" - normativamente intesa - ha certamente ad oggetto, come si è premesso,

Al di là di tale aspetto, è importante notare come la Corte sottolinei che in virtù del D.Lgs. 70/2003 gli ISP «non sono responsabili dei reati commessi in rete (...) a meno che non fossero al corrente del contenuto criminoso del messaggio diramato (ma, in tal caso, come è ovvio, essi devono rispondere a titolo di concorso nel reato doloso e non certo *ex art. 57 c.p.*)»<sup>153</sup>.

Nuovamente, dunque, il Giudice di legittimità esclude un generale obbligo di controllo dell'ISP sul materiale memorizzato o trasmesso in rete, alimentando così il fuoco di sbarramento aperto dagli altri formanti.

### 3.3. *Le trincee inesplorate dalla giurisprudenza e presidiate da una parte (minoritaria) della dottrina*

A fronte dell'assenza in capo all'ISP di un obbligo generale di impedire i reati altrui, autorevole dottrina<sup>154</sup> ha individuato talune ipotesi residuali in cui sarebbe, già *de jure condito*, ipotizzabile un rimprovero omissivo in capo al *provider*. L'obbligo di impedire i reati altrui scaturirebbe da quelle norme che impongono all'ISP di inibire l'accesso alle pagine *web* contenenti materiale illecito e che lo obbligano a rimuovere tale materiale se memorizzato sui propri *server*, una volta che abbia avuto conoscenza dell'esistenza dei reati.

In particolare, disposizioni di tale genere si rinverrebbero negli articoli del D.Lgs. 70/2003 già richiamati in quanto limitativi della responsabilità dei *provider* (artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, e 17)<sup>155</sup>, negli artt. 14 *ter* e *quater* l. 269/1998, introdotti con l'art. 19 l. 38/2006, che impongono all'ISP una stringente collaborazione con il Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia in *internet* istituito presso il Ministero dell'Interno per la repressione e prevenzione dei reati connessi allo sfruttamento sessuale dei minori<sup>156</sup>, e nell'art. 163 l. 633/1941 (cd. legge sul diritto d'autore), che introduce la possibilità per il giudice di inibire, anche agli ISP, la prosecuzione di qualsiasi attività che violi il diritto d'autore dell'attore<sup>157</sup>.

Sennonché non pare possibile fondare su tali norme obblighi di garanzia o di impedimento di reati altrui.

Sul punto è utile distinguere le norme sopracitate in due diverse categorie, in base al tipo di attività che impongono al *provider* in relazione a condotte illecite da altri perpetrate, ovvero di mera segnalazione/informazione all'autorità oppure di impedimento/cessazione dell'altrui condotta illecita.

---

messaggi destinati alla pubblicazione, è altrettanto vero che deve trattarsi (...) di comunicazioni che abbiano veste di riproduzione tipografica. Se pur, dunque, le comunicazioni telematiche sono, a volte, stampabili, esse certamente non riproducono stampati».

<sup>153</sup> In questi termini, Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, cit.

<sup>154</sup> Il riferimento è a L. PICOTTI e agli scritti richiamati alla nota 120.

<sup>155</sup> L. PICOTTI, *Commento art. 600 ter III comma c.p.*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Cedam, 2004, pp. 210 e ss.

<sup>156</sup> L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento, (parte seconda)*, cit., pp. 1206 e 1207.

<sup>157</sup> R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., pp. 456 e ss.

(i) Alla prima categoria, *obblighi di mera segnalazione all'autorità*, appartengono l'art. 17 D.Lgs. 70/2003 e l'art. 14 *ter* l. 269/1998 che impongono all'ISP di avvisare l'autorità competente dei reati di cui venga a conoscenza e di mantenere tutte le informazioni correlate alla comunicazione effettuata.

Tale primo gruppo di norme sembra imporre un mero obbligo di attivarsi<sup>158</sup> al fine di segnalare all'autorità un reato da altri commesso più che un obbligo di impedimento dell'illecito altrui. Infatti, il momento in cui scatta l'obbligo di tenere l'azione tipizzata dalle sopraccitate norme è successivo alla consumazione di tutti quei reati (tra cui senz'altro la diffusione, divulgazione, pubblicizzazione di materiale pedopornografico rilevanti in relazione all'art. 14 *ter* l. 269/1998) di mera condotta a consumazione istantanea: poiché l'intervento dell'ISP non sarebbe, dunque, in grado di impedire il reato, ma al più di attenuarne le conseguenze, si è fuori dal perimetro del reato omissivo improprio<sup>159</sup>.

Sotto altro profilo, il legislatore non predispone per l'ISP poteri giuridici di impedimento del reato che avrebbe il dovere di scongiurare, non prevedendo né una facoltà né un obbligo in capo al *provider* di rimuovere il materiale illecito memorizzato o di oscurare i siti che tale materiale diffondono o commercializzano, poiché spetta all'autorità la valutazione sulla necessità di compiere tali azioni<sup>160</sup>.

(ii) Al secondo gruppo di norme appartengono gli artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, D.Lgs. 70/2003, 14 *quater* l. 269/1998 e 163 l. 633/1941 che impongono all'ISP, su richiesta dell'autorità amministrativa o giudiziaria competente, di rimuovere dai propri *server* il materiale illecito memorizzato e di inibire l'accesso a siti contenenti tali dati o informazioni<sup>161</sup>.

Nuovamente, si tratta di un obbligo di attivarsi al fine di ridurre gli effetti disvolti di reati già realizzati e non di un generalizzato obbligo di impedimento di reati altrui; d'altro canto, come specificato dalla giurisprudenza civile<sup>162</sup>, gli obblighi di

---

<sup>158</sup> Si richiama qui la nota tripartizione tra obblighi di attivarsi, obblighi di sorveglianza e obblighi di garanzia sviluppata, in particolare, da I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., Secondo l'A., p. 79, solo l'obbligo di garanzia, ovvero «quell'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie di soggetti (cd. garanti), muniti dei necessari poteri giuridici, di vigilare e intervenire direttamente sulla situazione di pericolo per impedire eventi lesivi degli altrui beni, la cui tutela è loro "affidata", per l'incapacità dei titolari di salvaguardarli appieno» fonda una responsabilità *ex art.* 40 cpv. Diversamente, sempre secondo I. LEONCINI, pp. 55 e 56, l'obbligo di attivarsi è un «dovere di agire, al verificarsi di un determinato presupposto (atto o fatto giuridico) indicato dalla norma. Tale obbligo può essere o meno dotato di rilievo penalistico. (...) la violazione di tale obbligo può importare, di regola, esclusivamente una fattispecie omissiva propria».

<sup>159</sup> Illustra diffusamente tale aspetto D. DE NATALE, *Responsabilità penale*, cit., pp. 308 e ss..

<sup>160</sup> Ciò deriva, come si vedrà a breve, dalle specifiche previsioni di cui agli artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, D.Lgs. 70/2003 e 163 l. 633/1941.

<sup>161</sup> Si noti che gli obblighi di filtraggio in relazione ad attività di diffusione, divulgazione o commercio di materiale pedopornografico sono disciplinati da un apposito Decreto del Ministero delle comunicazioni del 8.1.2007.

<sup>162</sup> Si veda in particolare il caso noto come *About Elly*, Trib. Roma, sez. spec. in prop. ind., 16 giugno 2011, ove si legge: «è escluso un dovere di controllo preventivo del *provider* rispetto ai contenuti immessi in rete, essendo viceversa prevista la possibilità, comunque condizionata a determinate condizioni, di un intervento dello stesso provider successivo alla segnalazione della violazione; conseguentemente la preventiva individuazione dei contenuti web di carattere illecito costituisce un'attività che non può

rimozione del materiale o di inibizione dell'accesso ai siti devono essere specificati puntualmente, al fine di non introdurre surrettiziamente attraverso indicazioni vaghe dell'autorità un generalizzato obbligo di controllo in capo all'ISP che il legislatore ha escluso<sup>163</sup>.

Dunque, pare che nemmeno tali norme, che impongono varie forme di attivazione, siano costitutive di un obbligo di garanzia o di impedimento di reati altrui.

D'altro canto, la stessa tipizzazione delle condotte doverose richiama chiaramente le fattispecie omissive proprie più che quelle improprie, dato che ciò che il legislatore pretende è una condotta determinata a fronte di una situazione da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi, non legata in alcun modo ad un evento da impedire<sup>164</sup>.

Proprio tale aspetto porta a chiedersi se tali obblighi di controllo possano avere un rilievo in relazione a fattispecie incentrate sull'omesso adempimento di un provvedimento dell'autorità o ad ipotesi di favoreggiamento omissivo scaturenti dal mancato avviso doveroso all'autorità della realizzazione di illeciti. In ogni caso, dunque, tali norme parrebbero condurre, almeno apparentemente, più alla paradigmatica dell'ISP *tutore dell'ordine* che a quella del *provider controllore*.

#### 3.4. Conclusioni sul paradigma del controllore: allo stato un ruolo escluso per l'ISP nel cyberspazio

Il fuoco di sbarramento del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza ha portato ad un'esclusione, allo stato pacifica, di una posizione di garanzia o di un obbligo di impedimento dei reati realizzati dagli utenti della rete in capo all'ISP. Con particolare rigore, infatti, i tre formanti hanno posto, ciascuno per la propria competenza, presidi garantistici a fronte di un rischio assai elevato che, data la necessità di politica-criminale di individuare un colpevole per i moltissimi e allarmanti crimini commessi nel cyberspazio e la correlata difficoltà di identificare gli autori degli

---

certamente essere rimessa al provider, essendo viceversa tale attività il risultato di una valutazione rimessa in primo luogo al titolare del diritto che si afferma leso».

<sup>163</sup> Si veda sul punto L. GUIDOBALDI, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers, tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. info.*, 2010, p. 293: «Sostenere che il D.Lgs. 70/2003 preveda che l'*hostprovider* debba attivarsi per la rimozione del materiale semplicemente segnalato come illecito dall'avente diritto, senza attendere un provvedimento formale da parte delle autorità procedendovi autonomamente, indipendentemente dall'accertamento del suddetto illecito o da un qualche *fumus boni juris*, e caricandosi di tutti i costi dell'intervento non equivale forse di fatto ad introdurre l'obbligo di un controllo preventivo, incentivando gli operatori a filtrare il più possibile i contenuti che gli pervengono per diminuire il rischio di risarcimenti e sanzioni (anche a scapito della libertà di connessione e di manifestazione del pensiero) tornando così a promuovere la tanto ripudiata figura del censore telematico privato?».

<sup>164</sup> Si pensi paradigmaticamente che la struttura stessa di *internet* consente attraverso l'uso di *software* o *link* alternativi di accedere a siti pur interdetti dai *provider* italiani; dunque, poiché ciò che si può pretendere dall'ISP è che renda più difficoltoso l'accesso a siti contenenti materiale illecito, non potendolo inibire *tout court*, tale dato fattuale mal si concilia con la responsabilità omissiva impropria che trova il suo disvalore nell'omesso impedimento di un evento che si doveva e poteva impedire.

illeciti per l'anonimato che *internet* offre, vi fosse una deriva verso forme di responsabilità da posizione<sup>165</sup> in capo al *provider*.

Le residue ipotesi in cui la dottrina, pur autorevole ma nettamente minoritaria, ha propugnato ipotesi di responsabilità omissiva impropria, sembrano occultare, dietro ad apparenti posizioni di garanzia, reati omissivi propri, cioè illeciti il cui disvalore si esaurisce nel mancato compimento della condotta imposta dall'ordinamento a fronte del verificarsi dei presupposti nei quali sorge l'obbligo: infatti, in alcune delle situazioni da cui scaturisce il dovere di tenere l'azione descritta dalle norme l'evento che si dovrebbe impedire (ovvero l'illecito penale) si è già verificato; in altre, non è nemmeno richiesto che venga scongiurato, quanto piuttosto che si faccia il possibile per ridurre le conseguenze dannose.

Anche ove si afferma un ruolo da *controllore* per l'ISP, pare gli si cucia addosso la divisa del *tutore dell'ordine*.

#### **4. L'ISP tutore dell'ordine: quali obblighi per il provider di collaborazione con l'autorità nella repressione dei reati?**

Resta, dunque, da valutare se il nostro ordinamento, oltre a riconoscere la responsabilità, pur con qualche cautela, dell'ISP quale *cittadino*, gli imponga obblighi ulteriori di cooperazione penalmente presidiati a seguito della realizzazione di un reato già consumato, secondo il paradigma che si è definito del *tutore dell'ordine*, costruito su fattispecie omissive proprie, finalizzato più alla repressione dei reati realizzati nel ciberspazio che alla loro prevenzione.

Sotto questo profilo assume rilievo fondamentale la possibile interazione, già ipotizzata in dottrina<sup>166</sup>, ma a cui non è corrisposto alcun *pendant* giurisprudenziale, tra gli obblighi di denuncia/cooperazione o di rimozione/inibizione all'accesso del materiale illecito posti a carico dell'ISP e le fattispecie costruite sull'omesso adempimento di un provvedimento dell'autorità (artt. 388 e 650 c.p.) o il favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

Ancora una volta varrà la bipartizione più sopra prospettata tra:

- i. obblighi dell'ISP di denuncia all'autorità competente degli illeciti di cui ha avuto conoscenza e di comunicazione, se richiesto, delle informazioni utili all'identificazione degli autori (art. 17 D.Lgs. 70/2003, art. 14 *ter* l. 269/1998 e art. 1, comma V, D.L. 72/2004 convertito con l. 128/2004<sup>167</sup>) e

---

<sup>165</sup> Sul concetto di responsabilità da posizione si vedano le riflessioni di M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 978 e ss.

<sup>166</sup> In una prospettiva *de jure condito* in particolare V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità*, cit., pp. 1929 e 1930, e conformemente D. DE NATALE, *Responsabilità penale*, cit., p. 317; in una diversa ottica *de jure condendo* si vedano le riflessioni di F. RESTA, *La responsabilità penale*, cit. p. 1739.

<sup>167</sup> L'art. 1, comma VII, D.L. 72/2004 punisce con la sanzione pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro l'ISP chi violi il comma V del medesimo articolo, ovvero "non comunichi alle autorità di polizia le informazioni in

- ii. obblighi di rimozione del materiale illecito memorizzato sui propri *server* o di inibizione all'accesso a tale materiale su specifica richiesta dell'autorità competente (artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, D.Lgs. 70/2003, art. 14 *quater* l. 269/1998, 163 l. 633/1941 e art. 1, comma VI, D.L. 72/2004 convertito con l. 128/2004<sup>168</sup>).

#### 4.1. Gli obblighi di denuncia all'Autorità e di cooperazione nell'individuazione degli autori: la (difficile) relazione con il favoreggiamento personale

La possibilità di realizzare omissivamente il delitto di favoreggiamento personale è tema assai discusso in dottrina<sup>169</sup> e la sua trattazione esula ampiamente dall'economia del presente lavoro.

Si può, non di meno, porre come dato di fatto acquisito (prescindendo da una valutazione sulla sua condivisibilità) l'insegnamento costante della giurisprudenza di legittimità<sup>170</sup> che pare ormai fermo nell'ammettere la possibilità di realizzare il favoreggiamento personale anche mediante un *non facere* antidoveroso<sup>171</sup>.

Ciò considerato, in astratto le omesse comunicazioni previste dagli artt. 17 D.Lgs. 70/2003, 14 *ter* l. 269/1998 e 1, comma V, D.L. 72/2004 potrebbero integrare, seguendo il predetto insegnamento giurisprudenziale, il fatto tipico di favoreggiamento personale.

Non di meno, ragioni di natura sistematica parrebbero ostare a tale conclusione.

---

proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte" di immissione in rete di materiale coperto dal diritto d'autore.

<sup>168</sup> L'art. 1, comma VII, D.L. 72/2004 punisce con la sanzione pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro l'ISP chi viola il comma VI del medesimo articolo non ponendo in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai siti che divulgano materiale coperto dal diritto d'autore e a rimuovere tale materiale.

<sup>169</sup> Si possono richiamare sul punto per un quadro generale della problematica: G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Tomo I, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, 2005, pp. 706 e ss.; L. ZILLETTI, *I delitti di favoreggiamento*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale III*, Giappichelli, 2008, pp. 491 e ss.; P. PISA, *Favoreggiamento personale e reale* (voce), in *Dig. pen.*, Vol. V, Giappichelli, 1991, pp. 166 e ss.

<sup>170</sup> Si veda tra le altre Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2004, n. 31346, in *Leggi d'Italia*, che afferma «è giurisprudenza consolidata che l'aiuto di cui al precetto descritto nell'art. 378 c.p. si riferisce ad ogni condotta, anche omissiva - come il silenzio, la reticenza, il rifiuto di fornire notizie - avente ad oggetto il risultato di consentire all'autore di un delitto di eludere le investigazioni dell'autorità»

<sup>171</sup> Pare a chi scrive che la giurisprudenza, pur non esplicitando sempre tale concetto, ritenga rilevante l'omissione solo ove l'autore del reato avesse un dovere di cooperazione, cioè in presenza di una norma che gli imponesse un *facere*. Diversamente, poiché non vi è un generale obbligo di collaborazione con l'Autorità in capo ai cittadini, deve escludersi la rilevanza *ex art. 378 c.p.* dell'omissione. Sul punto si richiama, in particolare, l'insegnamento di Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 2006, n. 32573, in *Leggi d'Italia*, per cui non «può sostenersi che il favoreggiamento sarebbe stato integrato dal fatto che il predetto S. omise di informare spontaneamente e tempestivamente gli inquirenti dell'avvenuta restituzione del telefono cellulare, considerato che tale omissione (...) non assume alcun rilievo penale, non sussistendo - per il privato - un generale dovere giuridico di collaborare spontaneamente nelle ricerche dell'autore di un reato».

Va, infatti, rilevato che l'art. 14 *ter* l. 269/1998 punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro l'ISP per la violazione 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". La specifica previsione di una sanzione amministrativa per tali violazioni sembra escludere, in virtù del principio di specialità e di sussidiarietà dello strumento penale, che il mero omesso adempimento di questi obblighi da parte dell'ISP possa integrare il delitto di favoreggiamento: se, infatti, la mancata comunicazione integrasse già la fattispecie delittuosa, il portato dell'illecito amministrativo, a fronte di una formulazione assai ampia, sarebbe piuttosto esiguo, limitandosi alle violazioni di carattere colposo.

In tale ottica, la clausola di salvezza, pur contenuta in tale norma, pare riferirsi ad ipotesi in cui la condotta dell'ISP si colori di un *quid pluris* rispetto alla semplice omissione, come nel caso di comunicazione di informazioni false o difformi sulle imprese o soggetti che diffondono o commercializzano materiale pedopornografico.

Tale ragionamento vale *a fortiori* per gli obblighi di cui al comma V, sanzionati dal comma VII, dell'art. 1 del D.L. 72/2004 che non prevede nemmeno una clausola di sussidiarietà espressa.

Quanto alle omesse comunicazioni di cui all'art. 17 D.Lgs. 70/2003, pare che per la violazione di tale norma il legislatore si sia limitato a configurare esclusivamente una responsabilità civile. Ciò si evincerebbe da una serie di indicazioni di tipo sistematico: in primo luogo, l'art. 17, comma III, prevede che, per l'omessa comunicazione di un illecito penale di cui l'ISP è venuto a conoscenza, questo ne risponda civilisticamente; in secondo luogo, la violazione del citato art. 17 non è richiamata dall'art. 21 del D.Lgs. 70/2003 tra le disposizioni cui consegue una sanzione amministrativa; infine, nessuna utilità avrebbe avuto la successiva introduzione (avvenuta con l'art. 19 l. 38/2006) dell'art. 14 *ter* l. 269/1998, che è norma speciale rispetto all'art. 17 D.Lgs. 70/2003, ove quest'ultimo avesse già previsto l'applicazione di sanzioni, penali o amministrative, per l'ISP che ometta di comunicare informazioni relative a reati di cui è a conoscenza.

#### 4.2. *Gli obblighi di rimozione e interdizione all'accesso a materiale illecito: l'inadempimento come fonte di responsabilità penale?*

A chiusura del quadro qui tratteggiato, si deve considerare il secondo gruppo di norme, gli artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, D.Lgs. 70/2003, 14 *quater* l. 269/1998, 1, comma VI, D.L. 72/2004 e 163 l. 633/1941 che impongono all'ISP, 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.

Vi è chi ha ipotizzato in dottrina<sup>172</sup> che la violazione di tali obblighi possa integrare il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice<sup>173</sup>.

Tale conclusione non convince: basti, per ciò che qui interessa, sottolineare che la giurisprudenza di legittimità esclude che il delitto sia integrato dalla mera inottemperanza all'obbligo stabilito giudizialmente, trattandosi di delitto a forma vincolata che richiede la realizzazione di atti fraudolenti diretti ad eludere i predetti obblighi<sup>174</sup>.

Più corretto parrebbe il richiamo all'art. 650 c.p.<sup>175</sup> che punisce, anche a titolo colposo, l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità emessi, come nel caso di specie, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica: in relazione a tale contravvenzione già il mancato adempimento dell'ordine dato dall'autorità ai sensi delle predette disposizioni integrerebbe il fatto tipico.

Permangono, però, gli stessi dubbi di ordine sistematico, già affiorati in ordine all'ipotesi di favoreggiamento personale.

Infatti, l'art. 14 *quater* sanziona il mancato filtraggio dei siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro: la disposizione è senz'altro speciale rispetto all'art. 650 c.p. ed è pertanto ostativa all'applicazione della fattispecie incriminatrice<sup>176</sup>.

Analogo ragionamento vale per il combinato disposto dei commi VI e VII dell'art. 1, D.L. 72/2004, che punisce il mancato filtraggio dei siti che immettono in rete materiale coperto dal diritto d'autore e l'omessa rimozione di tale materiale con la medesima sanzione amministrativa prevista per il citato art. 14 *quater*.

Quanto agli artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, 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.

Inoltre, e il discorso vale anche per l'art. 163 l. 633/1941, sarebbe del tutto irrazionale un sistema che incriminasse *ex art.* 650 c.p. l'ISP che non rimuova pagine dal contenuto diffamatorio e lo punisca, invece, solo sul piano amministrativo, ove l'omesso filtraggio a lui rimproverabile permetta agli utenti della rete di accedere e diffondere materiale pedopornografico.

---

<sup>172</sup> Si tratta di V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità*, cit., pp. 1929 e 1930.

<sup>173</sup> Sull'art. 388 c.p. si vedano tra gli altri, 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*, cit., pp. 673 e ss.; 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, 3 ed., art. 388, pp. 3985 e ss.

<sup>174</sup> Sul punto si veda L. BISORI, *La mancata esecuzione*, cit., pp. 682 e 683 e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>175</sup> In generale sull'art. 650 c.p. giova richiamare, *ex pluribus*, F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, 3 ed., art. 650, pp. 6613 e ss.

<sup>176</sup> Sull'applicazione del principio di specialità all'art. 650 c.p. si veda, F. BASILE, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, cit., pp. 6640 e 6641.

#### 4.3. Conclusioni sul paradigma dell'ISP tutore: un modello possibile ma non attuale

Anche se allo stato non parrebbero forieri di responsabilità penale gli obblighi di collaborazione dei *provider* con l'autorità nell'ambito della repressione degli illeciti, ciò non di meno il paradigma dell'ISP *tutore* potrebbe prospettarsi nella giurisprudenza, attraverso esegesi estensive di alcune fattispecie classiche come il favoreggiamento, la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice o l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità.

Tale modalità di allocazione della risposta penale a seguito della commissione di un reato, infatti, pare poter superare i tre fondamentali problemi che il diverso modello del *controllore* pone nell'ambito dell'accertamento della responsabilità dell'ISP, ovvero (i) il fondamento giuridico della posizione di garanzia, (ii) l'esistenza di poteri giuridici impeditivi dell'evento e (iii) la sussistenza del dolo, in relazione alla conoscenza del reato da altri realizzato: il paradigma si fonda infatti su (i) previsioni che tipizzano obblighi di condotta specifici, (ii) non correlati all'impedimento di un evento e che (iii) scaturiscono da un provvedimento dell'autorità in cui è già indicato il reato commesso di cui si devono interdire gli effetti o la continuazione. Ciò non di meno, *de jure condito*, la lettura sistematica delle norme che introducono o delimitano la responsabilità dell'ISP parrebbe precludere la possibilità di percorrere tale strada.

### 5. Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: stato dell'arte e scenari futuribili di una responsabilità penale dei *provider* nell'ordinamento italiano

Volendo tracciare, più che delle conclusioni, un compendio del percorso svolto tra *law in books* e *law in action*, l'ordinamento italiano nei suoi tre formanti pare respingere *tout court* l'attribuzione del ruolo di *controllore* del ciberspazio all'ISP, rilevando l'irrinunciabilità, da un canto, alla libertà di manifestazione del pensiero – la rete delle reti non può essere sottoposta ad alcun vaglio censorio preventivo –, e, dall'altro, al rispetto dei fondamentali principi di legalità e colpevolezza, che precludono di addebitare ad un soggetto il mancato impedimento di un reato da altri realizzato, in assenza di una norma che fondi tale obbligo e di un potere giuridico-fattuale idoneo a scongiurare l'illecito altrui.

Le ragioni alla base dell'insuccesso di tale modello sono state plasticamente espresse: «è inquietante, in sostanza, l'idea di un privato che verrebbe incaricato di esercitare una sorta di censura per conto dell'ordinamento, avendo i mezzi tecnici ma non quelli culturali per realizzarla»<sup>177</sup>.

Quanto al paradigma del *cittadino* i formanti seguono percorsi spesso incompatibili.

---

<sup>177</sup> Così G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità*, cit., p. 431.

Il legislatore ha dimostrato un certo scetticismo nel criminalizzare l'ISP: non ha tipizzato reati aventi quali specifici destinatari i *provider*, valorizzando, nell'ottica della risposta sanzionatoria agli illeciti, solamente l'eventuale qualità di *sysop* in relazione solo ad alcuni reati informatici; sotto altro profilo, anche in virtù degli obblighi comunitari, ha ridotto gli spazi di rilevanza penale della responsabilità concorsuale, introducendo le previsioni di cui al D.Lgs. 70/2003.

Al contrario, la giurisprudenza è parsa più favorevole, seppur non senza qualche arresto di segno contrario, ad una responsabilizzazione dell'ISP, tanto da addivenire a decisioni fondate su esegesi al limite dell'interpretazione estensiva<sup>178</sup> o, persino, patentemente analogiche<sup>179</sup>, 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<sup>180</sup>, «una sorta di zona franca, che renderebbe immune dalla giurisdizione penale i siti elettronici»<sup>181</sup>.

Infine, quanto al terzo modello di responsabilizzazione – l'attribuzione all'ISP del ruolo di *tutore dell'ordine* – pare una via senz'altro meritevole di essere percorsa nel prossimo futuro, giacché offre un giusto bilanciamento tra il diritto di manifestazione del pensiero e la tutela dei diritti fondamentali di terzi che col primo possono entrare in conflitto: non impone una censura preventiva, ma, una volta realizzato il reato, obbliga il *provider* ad una stringente collaborazione finalizzata a ridurre gli effetti disvolti dell'illecito e ad individuarne gli autori.

Sul punto, però, pare utile una precisazione. *De jure condito*, all'attribuzione del ruolo di tutore, con la previsione di obblighi di cooperazione, non corrisponde una parallela incriminazione per la violazione di tali obblighi, né ciò pare auspicabile in una prospettiva *de jure condendo*.

Infatti, da un canto, la criminalizzazione dell'ISP *tutore dell'ordine* non può essere realizzata in via pretoria, attraverso interpretazioni analogiche di tipi classici come il favoreggiamento, o, contro le linee di politica-criminale del legislatore, obliterando i principi di legalità, sussidiarietà e specialità ove le condotte inottemperanti agli obblighi di collaborazione siano state ritenute dal legislatore meritevoli solo di una sanzione amministrativa o, persino, di una risposta meramente risarcitoria, la cui azionabilità è rimessa alla volontà di chi dovesse ritenersi danneggiato. Dall'altro, a ben vedere, in un'ottica di sussidiarietà penale<sup>182</sup>, solo ove si dimostri che l'attuale risposta amministrativa o civilistica alle violazioni degli obblighi di cooperazione sia inefficace si potrà valutare se ricorrere allo strumento penale; pare, però, che le elevate sanzioni amministrative pecuniarie dirette all'ISP come ente

---

<sup>178</sup> Si veda l'esegesi in tema di esercizio della prostituzione per il fenomeno della cd. prostituzione *on line*.

<sup>179</sup> È il caso dell'interpretazione dell'art. 167 codice della *privacy* propugnata dal Tribunale ambrosiano nel caso *Google vs Vivi Down*.

<sup>180</sup> Così la sentenza Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, Est. Magi, cit., p. 95.

<sup>181</sup> Questa l'espressione utilizzata da Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2011, n. 46504, in *questa Rivista*.

<sup>182</sup> Sul punto il richiamo è a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 91, «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<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Sul concetto di norma penale simbolica si veda C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., pp. 537 e ss.