

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
TESI DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2016/2017

Cattedra di diritto penale

LA DIFFAMAZIONE TELEMATICA:
TUTELA PENALE DELLA PERSONA NEL CYBERSPAZIO

CANDIDATA:
Roberta Meli
matr.130133

RELATORE:

Prof.ssa Minerva Francesca

CORRELATORE:

Prof. Enrico Gallucci

*Ai miei cari nonni Antonio e Margherita a cui devo tutto,
senza di voi non sarei qui.*

Ai miei genitori e a mio fratello, per tutto il sostegno.

SOMMARIO:

PREMESSA	1
INTRODUZIONE	4
Cap. I – Diffamazione e nuove frontiere di tutela	
1. La diffamazione: rilievi introduttivi.....	7
1.1 Il bene giuridico tutelato.....	8
1.2 Soggetto attivo e soggetto passivo del reato.....	12
1.2.1. Soggettività passiva degli enti collettivi (cenni).....	13
1.2.2. Offesa rivolta a più persone o a persona indeterminata.....	15
1.3. L’elemento oggettivo del reato.....	17
1.4. L’elemento soggettivo del reato.....	19
1.5. Il momento consumativo del reato e <i>locus commissi delicti</i>	21
1.6. La natura del reato, la configurabilità del tentativo ed il concorso di persone nel reato.....	22
1.7. Le circostanze aggravanti speciali.....	23
1.7.1. L’attribuzione di un fatto determinato.....	23
1.7.2. L’offesa arrecata col mezzo della stampa.....	25
1.7.3. L’offesa arrecata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.....	29
1.7.4. L’offesa in atto pubblico.....	29
1.7.5. L’offesa arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio.....	30
2. Le cause di giustificazione comuni.....	30
2.1. L’adempimento di un dovere giuridico.....	31
2.2. L’esercizio di un diritto.....	31
2.3. Il diritto di critica.....	32
2.4. Il diritto di cronaca.....	34
2.5. Il diritto di satira.....	37
3. Cause speciali di non punibilità.....	38
3.1. Le offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative.....	39
3.2. La provocazione.....	41

3.3.	La prova liberatoria.....	42
4.	Profili sanzionatori e prospettive di riforma.....	44
4.1.	Giurisprudenza europea e proporzione del trattamento sanzionatorio: casi Sallusti, Belpietro e Ricci.....	44
4.2.	I progetti di riforma.....	48
5.	Ingiuria e diffamazione a confronto: la questione dei <i>punitive damages</i>	51
5.1.	L'art. 12 della legge n. 47/1948.....	58

Cap. II – La diffamazione on-line

1.	La condotta commissiva quella omissiva. Rilievi introduttivi.....	60
1.1.	Configurabilità del reato di diffamazione a mezzo <i>Internet</i>	61
1.2.	Momento consumativo del reato.....	66
1.3.	Problemi di giurisdizione e competenza territoriale.....	69
2.	La condotta omissiva.....	72
2.1.	La posizione di garanzia.....	72
2.2.	La responsabilità per omesso controllo.....	81
3.	La responsabilità degli operatori di internet.....	89
3.1.	Le differenti tipologie di <i>provider</i>	89
3.2.	La responsabilità penale degli <i>Internet Service Providers</i>	100
3.3.	Il caso Google-Vividown.....	106
3.4.	Profili comparatistici della responsabilità dell'ISP.....	112
3.5.	Il titolare di un Internet point.....	116
4.	Editoria on line e cartacea a confronto.....	118
4.1.	(In)applicabilità del reato di omesso controllo ai periodici <i>on-line</i>	120
5.	La sequestrabilità dei siti <i>web</i>	125
6.	Aspetti procedurali della diffamazione <i>on line</i>	132
6.1.	Le modalità di ricerca della prova.....	132

Cap. III – Social network e nuovi strumenti di comunicazione

1.	La diffamazione 2.0.....	150
2.	Diffamazione a mezzo <i>Facebook</i>	151
3.	Diffamazione a mezzo <i>Twitter</i>	158
4.	<i>Blog, forum, mailing-list, newsgroup, chat</i> e responsabilità dei gestori.....	159

5.	Diffamazione a mezzo <i>SMS</i>	166
6.	La diffamazione tramite <i>Tripadvisor</i>	167
7.	La valenza probatoria della stampa di una pagina <i>web</i>	169
8.	Rete e diritto all'oblio.....	173
BIBLIOGRAFIA		178

PREMESSA

Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi del delitto di diffamazione nell'ottica della tutela penale della persona nel cyberspazio. Si affronterà il tema alla luce delle problematiche connesse alle nuove tecnologie in continua evoluzione cui si accompagna la persistente inerzia del legislatore nel rivisitare la fattispecie.

Il tema è oggi di grande attualità per via dell'utilizzo, sempre più frequente, dei nuovi strumenti di comunicazione che consentono la diffusione dell'informazione non solo tramite la stampa e i media, ma anche attraverso la rete. Le *information technologies* sono entrate a far parte, in maniera dirompente, della quotidianità di ciascuno, avendo la capacità di soddisfare le più svariate esigenze dell'uomo medio del ventunesimo secolo. Emergono però complicazioni della realtà telematica, che impongono al legislatore di non trascurare l'emergenza di nuovi beni giuridici da tutelare. *Social network, blog, forum, chat, mailing-list* aprono nuove frontiere alla diffamazione; diviene quindi necessario interpretare la realtà in chiave funzionale rispetto alla complessità degli strumenti tecnici utilizzati e alla rilevanza degli interessi in gioco. È di primaria importanza, perciò, tracciare confini di liceità di detti strumenti, in modo tale da poter prevenire tutte quelle situazioni potenzialmente lesive dell'altrui reputazione perpetrate attraverso codesti nuovi mezzi.

Il tema si presta ad essere affrontato in una duplice prospettiva, *rectius* da un duplice angolo di visuale, in base alla "tradizionale" distinzione tra diffamazione a mezzo della stampa telematica e diffamazione *on-line*. Siffatte ipotesi sono accomunate dall'offesa all'onore della persona per mezzo di strumenti telematici, ma si differenziano quanto al regime giuridico applicabile. Nel primo caso, infatti, si pone il problema di estendere la disciplina e i principi conosciuti rispetto alla diffamazione commessa a mezzo della stampa cartacea e di valutare i margini di responsabilità per omesso controllo (art. 57 c.p.) del direttore del periodico *on-line*; ciò renderà necessario, per ragioni di completezza espositiva, passare in rassegna lo stato dell'arte e l'elaborazione teorica in materia. Nel secondo caso, invece, ferma l'integrazione della fattispecie aggravata prevista dal terzo comma dell'art. 595 c.p., la questione centrale investe la responsabilità omissiva dell'*internet service provider*, i mezzi di ricerca della prova e l'utilizzo dei *social networks*.

Questa “dicotomia” del tema che ci accingiamo a trattare porta a dover necessariamente considerare entrambi i veicoli diffamatori. Una compiuta disamina della tutela dell'onore della persona nel cyberspazio non può infatti prescindere da queste due principali forme di manifestazione del reato.

La materia, comunque, è in fermento: a partire dal 2013 sono stati avanzati vari progetti di riforma¹ che, però, non hanno mai visto la luce. Tra questi, di più recente memoria, è il Disegno di Legge c.d. Costa² intitolato "*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e al codice di procedura civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale. Ulteriori disposizioni a tutela del soggetto diffamato*". Il disegno di legge, oggi in discussione sugli emendamenti proposti dalla Camera, sembra – anche alla luce degli ultimi sviluppi in commissione Giustizia – essere prossimo all'approvazione. Nelle more dell'intervento legislativo, però, si ha l'impressione, avvalorata dalla più recente casistica giudiziaria, che la repressione delle condotte criminose che ci occupano, sia affidato ad una normativa nel complesso troppo vetusta per far fronte alla moderna fenomenologia del reato.

Nel frattempo, infatti, l'innovazione tecnologica non si arresta e la rete richiede una maggior tutela, nella consapevolezza – peraltro – della portata transnazionale dei *computer crimes*³. A livello sovranazionale la materia, si presterebbe all'armonizzazione anche in materia penale, soprattutto alla luce del principio di leale cooperazione espresso nell'articolo 4 del Trattato sull'Unione Europea e alla competenza che all'Unione deriva dall'art. 83 TFUE.

A fronte della depenalizzazione dell'ingiuria⁴, si discute, poi, sull'opportunità o meno della sanzione penale per la diffamazione.

¹ Che esamineremo *infra Cap. § 4.2*

²Il Disegno di legge in parola (AS1119-B; AC 925-B) è stato approvato con emendamenti dalla Camera dei Deputati il 24 giugno 2015; lo scorso 16 maggio 2017 è iniziato il lavoro in commissione al Senato della Repubblica. Per approfondimenti sull'iter legislativo di rinvia alla documentazione disponibile sul portale istituzionale all'indirizzo: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/42309.htm>

³ La diffamazione *on-line* viene tradizionalmente inquadrata nel novero dei reati cc.dd. *eventualmente informatici*, cioè in quei reati comuni che si prestano ad essere commessi mediante strumenti telematici. In argomento AMORE, STANCA, STARO, *I crimini informatici*, Camerino, 2006 p. 122 ss.; RIGLIETTI V., *Diffamazione a mezzo stampa e diffamazione "online": problematiche giuridiche*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2016, 3, p. 437 ss.;

⁴ Il Decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 7 ha depenalizzato il reato di ingiuria riformando la materia e dando vita ad un istituto che riecheggia i *punitive damages* tipici del sistema anglosassone. Esamineremo questi profili nel secondo capitolo (*infra Cap. II, § 5*).

La diffamazione ha, inoltre, interessato molto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo; in molte pronunce si rinviene il richiamo al criterio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio con riferimento alla diffamazione a mezzo stampa, ai fini della valutazione di compatibilità della normativa nazionale con l'art. 10 della Convenzione EDU⁵. La libera stampa è considerata il “*cane da guardia della democrazia*” e proprio per questo motivo è necessario che vi sia un bilanciamento degli interessi da tutelare, a fronte delle indubbe esigenze di salvaguardia della libertà individuale. Inoltre, deve prendersi atto del fatto che la stampa cartacea sta cedendo sempre di più il passo a quella telematica, per la presenza sempre maggiore di testate giornalistiche telematiche, accessibili a tutti gli utenti ed aggiornate in tempo reale. Per questo la fattispecie codicistica che fonda l'obbligo impeditivo e di controllo del direttore del periodico (art. 57 c.p.), limitata *de iure condito* alla sola stampa cartacea, apre le maglie ad una impunità, a nostro avviso, eccessiva.

Del resto, la rapidità di circolazione delle informazioni e l'impossibilità di controllo della provenienza e della circolazione delle stesse, fanno sì che emergano nuove responsabilità per coloro che operano in tale ambito: dall'omesso controllo del direttore di una testata telematica, a quelle facenti capo all'*Internet Provider*, ai gestori di *blog* e *forum* fino ad arrivare ad alcune “stravaganti” imputazioni a carico di titolari di *Internet points*.

La necessità di una disciplina organica della rete, volta a salvaguardare le persone da condotte criminose commesse via *web*, mette in evidenza l'arduo compito del futuro legislatore ed in particolar modo, il problematico ancoraggio di fenomeni in incessante evoluzione ad una normativa statica, capace di rendere già superata ogni legge di nuova emanazione.

Il legislatore, malgrado ciò, non può esimersi dall'apprestare un'adeguata tutela in questo ambito, tracciando un confine tra lecito e illecito, adeguando le norme per renderle al passo con i tempi: la rilevanza costituzionale degli interessi che vi sono coinvolti impedisce che queste istanze possano essere trascurate.

⁵ Alcune di queste pronunzie saranno esaminate, senza alcuna pretesa di esaustività, nel capitolo I (*infra*, § 4.1).

INTRODUZIONE

Come premesso, la “dicotomia” inerente alla diffamazione informatica, richiederà l’esame disgiunto delle questioni relative alla diffamazione a mezzo della stampa telematica e alle condotte diffamatorie “comuni” commesse sulla rete.

Per esaminare le questioni di maggiore rilievo scientifico, sarà opportuno fissare le coordinate di riferimento in un primo capitolo, dedicato all’analisi della fattispecie di diffamazione, alle sue circostanze, cause di giustificazione e di non punibilità.

Il punto di partenza della nostra trattazione è l’analisi del bene giuridico protetto dalla norma, appunto l’onore, attraverso le concezioni susseguitesi nel tempo.

Seguirà una disamina generale del reato di diffamazione nella sua forma semplice e aggravata e delle cause di esclusione della punibilità; infine si esaminerà il tema del bilanciamento tra diritti costituzionali, e in particolare del diritto di cronaca, critica e satira, e si farà riferimento ai limiti dell’onore, della reputazione, della riservatezza e dell’identità personale.

La tutela della reputazione, infatti, deve essere temperata con l’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, appartenente ai diritti fondamentali dell’individuo e garantita nell’articolo 21 Cost.⁶ Alcune delle *querelles* giurisprudenziali più recenti, nate da processi mediatici di grande eco sociale, pongono in evidenza il nodo problematico della questione sotto il profilo dell’opportunità della sanzione penale per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa. Tale è stato lo scalpore per queste vicende che il tema è rimasto al centro del dibattito pubblico e dei recenti tentativi di riforma da parte del legislatore.

Dopo aver delineato un quadro di sintesi delle linee di riforma del D.D.L. Costa, sarà analizzato il profilo del risarcimento del danno con particolare riferimento all’istituto dei *punitive damages*, in seguito alla depenalizzazione dell’ingiuria, confrontandolo con quanto previsto per la diffamazione.

Date queste premesse, il punto centrale della trattazione è dedicato all’approfondimento della diffamazione *on line* e delle problematiche connesse

⁶ Il tema della proporzione del trattamento sanzionatorio per i fatti di diffamazione, sarà esaminata attraverso il richiamo a casi emblematici sottoposti all’attenzione della Corte Europea dei diritti dell’uomo: si tratta dei casi *Sallusti, Belpietro e Ricci* (*infra*, Cap. I, § 4.1. ss).

all'esigenza di offrire una copertura normativa per tutte quelle lesioni dell'altrui reputazione attuate attraverso i nuovi mezzi di comunicazione telematici.

L'argomento sarò sviluppato come segue.

Partendo dall'analisi della condotta commissiva, sotto il profilo della configurabilità del reato, si ripercorrerà l'evoluzione giurisprudenziale di legittimità che ha riguardato il tema. A partire dalla sentenza n. 4741 del 2000 e per arrivare alle più recenti pronunce, la Suprema Corte tende a configurare la diffamazione a mezzo *Internet* come un'ipotesi di diffamazione aggravata *ex art. 595. 3° co., c.p.*, considerandola un'offesa recata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità. Di seguito sarà affrontato uno dei temi più discussi in giurisprudenza e in dottrina, attinente alla giurisdizione e alla competenza per territorio del giudice, con riferimento alla rilevazione del momento consumativo del reato.

La configurabilità del reato in forma omissiva sarà approfondita – rievocando la tradizionale dicotomia che accompagna il nostro tema – riflettendo anzitutto sulla posizione di garanzia prevista dall'articolo 40 *c.p.* e, in seconda battuta, sull'ipotesi di responsabilità per omesso controllo da parte del direttore di un giornale *ex art. 57 c.p.* con la correlata possibilità di estensione della stessa anche al direttore di un periodico *on line*.

Lo studio della responsabilità omissiva sarà affrontato con speciale riguardo agli emergenti profili di responsabilità degli operatori sul *web* e, in particolar modo, alla possibile concorrente responsabilità dell'ISP (*Internet Service Provider*), catalizzando l'attenzione su alcune emblematiche vicende giudiziarie, prima fra tutte la celeberrima *Google vs Vividown*⁷. La responsabilità dell'ISP è uno degli argomenti al centro del dibattito più attuale, ed ha coinvolto illustri civilisti e penalisti. Quanto alla nostra prospettiva di ricerca, il tema sarà affrontato con particolare riguardo all'obbligo giuridico di impedire il *fatto-reato* della offesa all'altrui onore; sarà poi interessante, in prospettiva comparatistica, dedicare un *focus* particolare alla disciplina di altri ordinamenti giuridici europei.

Si proseguirà poi passando in rassegna alcuni rilevanti aspetti procedurali della diffamazione *on line*, trattando delle modalità di ricerca della prova, le investigazioni ed i compiti della polizia postale.

Sul punto, sarà necessario affrontare il tema delle misure cautelari reali a disposizione

⁷ Il procedimento si è definito con la sentenza della Corte di Cassazione *Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014), n. 5107, Pres. Mannino, Rel. Andronio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 febbraio 2014, con nota di INGRASSIA A., *La sentenza della cassazione sul caso Google*.

degli organi inquirenti, e valutare criticamente l'ammissibilità del sequestro dei siti *Internet*, o l'oscuramento degli stessi, per limitare l'accesso alla pagina *web* contenente messaggi o commenti a carattere diffamatorio.

In conclusione, dedicheremo il terzo capitolo, all'analisi delle possibili prospettive di tutela per la diffamazione *on line* mediante *social network, blog, forum, chat, mailing list, newsgroup, sms, Tripadvisor* e le problematiche connesse alla responsabilità dei gestori di *blog* e *forum*.

CAPITOLO I

DIFFAMAZIONE E NUOVE FRONTIERE DI TUTELA

SOMMARIO: 1. La diffamazione: rilievi introduttivi. – 1.1 Il bene giuridico tutelato. – 1.2 Soggetto attivo e soggetto passivo del reato – 1.2.1. Soggettività passiva degli enti collettivi (cenni) – 1.2.2. Offesa rivolta a più persone o a persona indeterminata – 1.3 L'elemento oggettivo del reato. – 1.4 L'elemento soggettivo del reato. – 1.5 Il momento consumativo del reato e *locus commissi delicti*. – 1.6 La natura del reato, la configurabilità del tentativo ed il concorso di persone nel reato. – 1.7 Le circostanze aggravanti speciali. – 1.7.1 L'attribuzione di un fatto determinato. – 1.7.2 L'offesa arrecata col mezzo della stampa. – 1.7.3 L'offesa arrecata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità. – 1.7.4 L'offesa in atto pubblico. – 1.7.5 L'offesa arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio. – 2. Le cause di giustificazione comuni. – 2.1 L'adempimento di un dovere giuridico. – 2.2 L'esercizio di un diritto. – 2.3 Il diritto di critica. – 2.4 Il diritto di cronaca. – 2.5 Il diritto di satira. – 3. Cause speciali di non punibilità. – 3.1 Le offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative. – 3.2 La provocazione. – 3.3 La prova liberatoria – 4. Profili sanzionatori e prospettive di riforma. – 4.1 Giurisprudenza europea e proporzione del trattamento sanzionatorio: casi *Sallusti, Belpietro e Ricci*. – 4.2 I progetti di riforma. – 5. Ingiuria e diffamazione a confronto: la questione dei *punitive damages* – 5.1. L'art. 12 della legge n. 47/1948.

1. La diffamazione: rilievi introduttivi.

Il primo capitolo della nostra dissertazione vuole fornire al lettore le coordinate normative e teoriche di riferimento, preparando così il terreno per la successiva disamina delle condotte perpetrate mediante strumenti telematici.

A tal fine si partirà dall'analisi della disciplina codicistica, per poi svolgere una analisi "atomistica" dei singoli elementi che compongono la fattispecie. La trattazione sarà supportata dal richiamo, sintetico, allo stato dell'arte in giurisprudenza e alle opinioni dei più autorevoli autori.

È bene premettere che l'inquadramento che sarà fornito ha carattere illustrativo, e si mantiene volutamente su linee generali ed istituzionali, senza pretese di approfondimento tematico.

La tutela penale dell'onore è garantita da titolo XII, capo II del codice penale; il sistema storicamente ruotava attorno alle due fattispecie, speculari, di ingiuria (art. 594 c.p.) e diffamazione (art. 595 c.p.). A seguito della depenalizzazione della prima ad opera

del Decreto Legislativo 15 gennaio 2016 n. 7, il presidio penale abbraccia le sole condotte di diffamazione, che segnano oggi il limite dell'intervento penale della materia che ci occupa.

È quindi possibile affermare che, nell'assetto ordinamentale attuale, il bene giuridico onore trova il referente primario di tutela nell'art. 595 c.p.

L'articolo in parola punisce “*chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, [...], con la previsione di aggravanti ad effetto speciale “se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato” ovvero “se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico”, e ad effetto comune “se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio”.*

1.1 Il bene giuridico tutelato

Il bene giuridico indicato espressamente nell'intitolazione del capo II del titolo XII del vigente codice penale è l'onore; appare quindi preliminare chiarire cosa indichi questo concetto e quale sia la sua latitudine semantica.

Partendo da alcune teorie di matrice tedesca, l'onore è stato definito come “*il bene giuridico più sottile, più difficile da prendere con i guanti di legno del diritto penale e perciò quello tutelato con minore efficacia nel nostro sistema penale*”¹.

Un bene giuridico dall'anima fragile ed inafferrabile a causa “*della indeterminatezza e della varietà della sua essenza pregiuridica*”². L'onore è un concetto non definibile “*una volta per tutte, per ogni tempo e per ogni luogo*”³, un bene immateriale che è “*protetto della legge per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale*”⁴.

¹MAURACH R., SCHROEDER F.C., MAIWALD M., *Strafrecht, Besonderer Teil, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, Teilband I, Müller, Heidelberg, 2003 richiamati da SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto pen., VII Torino*, 2002, p. 32 ss.

² SPASARI M., *Diffamazione e ingiuria* (voce.), Enc.Dir., XII, 1964

³ MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1947

⁴ MESSINA S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, p.17

Si tratta, quindi, di un oggetto di tutela che necessita di maggiori specificazioni e che ha impegnato per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza nel tentativo di essere riempito di contenuti.

Tradizionalmente sono state sviluppate due concezioni dell'onore: quella fattuale e quella normativa.

La concezione fattuale considera l'onore nei suoi riflessi interni ed esterni. La legge protegge un unico oggetto sotto due ben distinti profili fenomenici: il primo soggettivo-interiore, il secondo oggettivo-estereiore.⁵

*“Il riflesso soggettivo è costituito dall'apprezzamento che l'individuo fa delle sue doti e, in sostanza, dal sentimento del proprio valore sociale. Il riflesso oggettivo è rappresentato dal giudizio degli altri, e precisamente dalla considerazione in cui l'individuo è tenuto dal pubblico dalla reputazione di cui gode nella comunità.”*⁶

L'attribuzione di fatti disonoranti è quindi in grado di causare una lesione del bene, sia sotto il profilo soggettivo, procurando la mortificazione interiore; sia sotto quello oggettivo, diminuendo la stima di cui gode la persona.

Sono proprio il sentimento del proprio valore sociale e la reputazione il fulcro della tutela penale dei diritti contro l'onore.⁷ Tale concezione non va esente da profili di criticità.

In primo luogo, la valutazione dell'offesa al bene è affidata allo stesso soggetto che la subisce, ancorandola alla sua sfera emotiva.

In secondo luogo, fuoriescono dall'ambito di tutela tutti quei soggetti che non sono in grado di percepire l'offesa come tale (minori, infermi di mente ecc.) o che sono privi di stima nel giudizio dei consociati.

Proprio per questi motivi sono stati introdotti dei correttivi interpretativi, con lo scopo di ancorare l'onore ad un criterio più oggettivo di apprezzamento da garantire ad ogni soggetto in quanto tale⁸.

Si è affermata, pertanto, la concezione normativa dell'onore secondo la quale il bene giuridico tutelato si pone come un aspetto della personalità di ogni singolo uomo in quanto tale. L'onore viene inteso come *“l'interno valore che ogni uomo possiede: un valore, cioè, che è presente in ciascun uomo, in quanto discendente direttamente dalla*

⁵ FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, Vol II , tomo I , 2013

⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2008, p.202

⁷ ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, p. 202

⁸ GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma 2013, p. 12

sua personalità”⁹ Dunque, oggetto di tutela diviene quell’onore minimo che appartiene a ciascun essere umano, alla sua esistenza morale e “*la comunità non potrebbe dare all'uomo niente di più di quanto egli già posseda in forza della propria dignità di singolo*”.¹⁰

Questa concezione si articola a sua volta in due varianti: sociale e morale.

La variante sociale concepisce l'onore come caratteristica dell'uomo in quanto essere sociale, capace di porsi in relazione con gli altri.

Questa concezione è articolata a sua volta in due varianti: sociale e morale.

La variante sociale concepisce l'onore come valore della persona nella sua qualità di membro della comunità. Esso quindi promanerà solo dall'integrazione sociale, dalla comunità stessa in cui il soggetto opera¹¹.

Tuttavia, il rischio è che l'onore venga interpretato in base alla posizione rivestita dal soggetto all'interno della società e che si creino delle lacune in riferimento a persone prive del consenso sociale, giacché escluse, reputate socialmente dannose o inutili. Questa concezione incarnava gli ideali del nazismo, giacché l'individuo rilevava solo in quanto utile al sistema, socialmente integrato e plasmato secondo l'ideologia dominante. L'onore scaturente dalla società rischia di divenire un parametro etero-indotto, consentendo allo Stato di divenire arbitro assoluto del riconoscimento o della negazione dei diritti dei singoli.¹² Proprio per questa ragione la concezione normativa-sociale è stata abbandonata per lasciare posto a quella morale.

La variante morale concepisce l'onore come valore intrinseco di ciascun essere umano in quanto tale, un bene innato che appartiene ad ogni persona prima ancora di entrare a far parte della comunità sociale ed è espressione della dignità umana.

Tuttavia, questa impostazione si confronta con un'eccessiva astrazione del concetto di onore.¹³ Risulterebbe, quindi, difficile applicare in concreto un concetto così vago e indeterminato, se si considera che onore e dignità sono strettamente connessi tra loro, non consentendo di porre in risalto la particolarità dell'individuo, giacché non potrebbe essere diversificato in base alla persona, trattandosi di un valore della personalità uguale per

⁹MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore, cit.*, p.35

¹⁰MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore, cit.*, p.43

¹¹MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore, cit.*, p.63

¹²MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p.204

¹³MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore, cit.* p. 44 ss.

tutti. Il concetto di onore viene depauperato del suo contenuto, in quanto l'adempimento degli obblighi morali è possibile solo attraverso la vita di relazione e la determinazione dell'onore può essere raggiunta solo attraverso il contesto in cui operano i singoli all'interno della comunità. L'onore non può essere inteso in senso statico e assoluto, perché gli obblighi morali presentano diverse sfaccettature, la morale non è chiusa in sé stessa ma anzi è spesso in contraddizione, generando l'indeterminatezza del bene onore¹⁴.

Il limite principale della versione morale della concezione normativa resta l'astrattezza e quindi la scarsa afferrabilità del bene giuridico onore.

Per far fronte a tali problematiche si è sviluppata la concezione mista o normativo-fattuale, che individua nel concetto di onore un legame inscindibile tra una componente valoriale e una fattuale. L'onore sarebbe da configurare come bene giuridico complesso, che ricomprende il valore interno di un uomo e la sua considerazione agli occhi degli altri¹⁵.

In altre parole, viene valorizzato sia come dignità dell'uomo, garantendo a ciascun individuo un livello minimo di onore; sia come valore scaturente da valutazioni morali e sociali, ossia come onore sociale. Impostazione che non può essere accolta da chi considera dignità e socialità come inscindibili l'una dall'altra. La persona si trova in uno stato di stretta interrelazione con la comunità in cui opera e concepire l'onore anche come bene individuale, fa sì che esso dipenda da valutazioni soggettive, mettendo a repentaglio l'obiettività della tutela penale.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'onore, pur non essendo in essa specificamente previsto, viene percepito in una dimensione personalistica e costituzionalmente orientata¹⁶. Inteso come valore intrinseco della persona umana, se ne afferma l'oggettività: esso non può avere una connotazione relativa, promanata dalla comunità di appartenenza o dall'opinione del soggetto stesso. Il bene viene quindi fatto rientrare tra i diritti fondamentali, proprio dalla Consulta stessa, attraverso il riferimento alle previsioni degli articoli 2, 3 e 13 della Costituzione: *“mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del*

¹⁴MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974 pp.48-49

¹⁵SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 32

¹⁶FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 143; MANTOVANI F., *Diritto penale-parte speciale, I, delitti contro la persona*, 1995, p. 190.

proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo”¹⁷.

All'onore viene riconosciuto un rango costituzionale ed essendo identificato con la pari dignità sociale, non ammette discriminazioni e strumentalizzazioni per finalità estrinseche alla persona. Tuttavia, essendo la dignità un bene identico in ciascuno, non potrebbero rilevare le qualità particolari della singola persona e quindi eventuali espressioni lesive dell'onore specifico. Infatti accanto a giudizi di disvalore che devono considerarsi offensivi rispetto a qualsiasi individuo, ve ne sono altri che sono offensivi solo rispetto a categorie di soggetti a cui si riferisce un determinato valore.

Il concetto di onore-dignità sociale è dinamico, muta al variare della coscienza sociale e perciò risulta complesso riempirlo di contenuti, tracciare i suoi confini, in modo tale da conferirgli determinatezza e obiettività. Ciò nonostante, è un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito e come tale merita di essere tutelato.

Per concludere e sintetizzare le complessità evidenziate finora, si condividono le parole del Fiandaca, secondo cui *“il capitolo penalistico della tutela penale dell'onore appare a tutt'oggi pieno di difetti e anche di contraddizioni che difficilmente potranno essere sanati al di fuori di un intervento normativo illuminato, il quale però risulta ancora molto lontano dall'orizzonte del diritto in fieri”*.¹⁸

1.2 Soggetto attivo e soggetto passivo del reato

La diffamazione è un reato comune, pertanto può essere commessa da qualsiasi persona.

Molto controversa appare invece la delimitazione dei soggetti passivi del reato.

Si discute se possano essere offesi gli individui privi di capacità di intendere e di volere, e cioè gli immaturi e gli infermi di mente, nonché riguardo ad analfabeti, ubriachi, sordi, ciechi, dormienti ecc., poiché non ritenuti in grado di percepire l'offesa per le condizioni in cui versano.

Sul punto la dottrina più attenta ha arguito che, al di fuori dei casi limite in cui l'infermo

¹⁷ Così, testualmente, Corte Cost. *sentenza 12 aprile 1973 n. 38* disponibile sul sito internet istituzionale www.cortecostituzionale.it

¹⁸FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 98

di mente e l'infante mancano totalmente di vita morale e di esperienza sociale, “*la minore età e la malattia mentale non impediscono l'evolversi di un principio o la sopravvivenza di un residuo di personalità sufficiente a costituire il punto di riferimento del giudizio di onore. Pertanto, la possibilità che i delitti contro l'onore si configurino rispetto al minore e all'infermo di mente va esaminata in concreto, con riferimento a un certo ambiente sociale o ad una limitata esperienza o ad un circoscritto periodo di vita*”¹⁹.

Non è possibile svilire impunemente gli ubriachi, i sordi, i ciechi, gli analfabeti o una persona dormiente, perché lo stato in cui si trovano non fa venir meno la loro reputazione, bene inalienabile che appartiene a ciascun essere umano in quanto tale.

La diffamazione non è configurabile nei casi in cui sia attribuita ad un minore un'azione che non sarebbe in grado di compiere per la sua giovane età e qualora sia addossata ad un incapace la commissione di un fatto disonorevole che presuppone la capacità di intendere e di volere. Nel caso in cui si attribuisca un'azione disonorevole relativamente al periodo in cui la persona aveva piena capacità, interverrà la diffamazione. Ciò sarà valido anche nei riguardi di coloro che vengano a trovarsi in uno stato di parziale incapacità, del sordo, di persona che dorma o sia in coma, ovvero sia ubriaca.²⁰

I defunti devono essere esclusi dal novero dei possibili soggetti passivi. Essi non sono persone in senso giuridico e l'offesa alla loro memoria come mutuabile *ex art. 597 c.p.*, colpisce i viventi che sono i veri soggetti passivi in quanto hanno interesse a pretendere il rispetto. Soggetti passivi saranno dunque i prossimi congiunti.

Infine, per quanto concerne il concepito si ritiene che esso sia titolare di una tutela indiretta, quando l'offesa si estende anche ai genitori dello stesso. Il concepito facendo riferimento alla concezione costituzionalmente orientata di onore è anch'esso portatore di un suo onore in quanto essere umano dotato di una sua intrinseca dignità.²¹

1.2.1. Soggettività passiva degli enti collettivi (cenni)

Un ulteriore profilo è quello attinente la configurabilità di un'offesa penalmente rilevante nei confronti delle persone giuridiche.

¹⁹ SPASARI, voce *Diffamazione e Ingiuria*, cit. p. 483

²⁰ PEZZELLA V., *La Diffamazione*, UTET 2016, p.37

²¹ Tale la tesi del MANTOVANI F., *Diritto penale-parte speciale, I, delitti contro la persona*, 1995, p.273

Secondo un'impostazione risalente, la tutela dell'onore era circoscritta alla persona, in quanto la reputazione della persona giuridica non può prescindere da quella facente capo alle persone fisiche che la rappresentano.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che sia possibile diffamare enti collettivi di diritto e di fatto come i giornali, i partiti politici e religiosi, in quanto è riconosciuta l'esistenza di un onore collettivo confermata dalla presenza della circostanza aggravante della diffamazione rivolta ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio.

In tema di diffamazione si annoverano talune pronunce di legittimità che riconoscono tutela anche alla personalità "sociale" in quanto *"non solo una persona fisica ma anche una entità giuridica o di fatto, una fondazione, un'associazione o altro sodalizio, può rivestire la qualifica di persona offesa dal reato, essendo concettualmente identificabile un onore o un decoro collettivo, quale bene morale di tutti gli associati o membri, considerati come unitaria entità, capace di percepire l'offesa."*²²

È stato rilevato da autorevole dottrina²³ che il termine *persona* nei delitti contro l'onore ricomprende anche la persona giuridica, trattandosi di beni riferibili anche ad essa; inoltre, il pronome *altrui* non preclude il riferimento alle persone giuridiche; l'incapacità da parte delle persone giuridiche di percepire l'offesa può pervenire solo dalla concezione psicologica dell'onore; il comma 3 dell'art 595 prevede un'aggravante per l'offesa arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, implicando la configurabilità della diffamazione anche rispetto ad entità collettive diverse dalle persone fisiche; infine nel riferimento all'articolo 2 Cost., è possibile ravvisare anche la tutela dell'onore degli enti collettivi, poiché vi operano soggetti interessati alla tutela della loro personalità.

Nel caso di offesa al prestigio e alla reputazione delle persone giuridiche, la giurisprudenza tende a configurare il principio della plurioffensività del reato, sia che l'offesa sia rivolta al singolo rappresentante, sia che sia rivolta all'ente stesso. Le espressioni denigratorie dirette nei confronti di singoli appartenenti ad un'associazione possono aggredire anche l'onorabilità dell'entità collettiva che può assumere la qualità di soggetto passivo del reato.²⁴

²² Così si è espressa storica, ma autorevole, giurisprudenza v. *Cass., Sez. V, 7 ottobre 1998, n. 12744, Faraon ed altro*

²³ Spicca l'autorevole opinione di MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 1995, p. 273

²⁴ In tal senso v. *Cass., Sez. V, 14 gennaio 2002, n. 1188*

Il principio di diffusività dell'offesa incontra però due limiti: uno di carattere processuale, in quanto la plurioffensività del reato deve essere ritualmente contestata; l'altro di natura sostanziale, nel senso che l'offesa deve essere oggettivamente diffusiva tale da incidere anche sull'ente. Questi elementi devono essere valutati in modo tale che possa ricavarsi con ragionevole certezza l'inequivoca individuazione di questo ulteriore soggetto.²⁵

Le sentenze da ultimo richiamate riprendono l'orientamento storico della Corte di Cassazione secondo cui le persone giuridiche e gli enti collettivi ben possono assumere la qualità di soggetti passivi dei delitti contro l'onore, né è preclusa la configurabilità di una concorrente offesa all'onore o alla reputazione delle singole persone che dell'ente fanno parte. Tale concorrente responsabilità presuppone, comunque, che *“l'offesa non si esaurisca in valutazioni denigratorie che riflettano esclusivamente l'ente in quanto tale, ma investano, o attraverso riferimenti espliciti, o attraverso un indiscriminato coinvolgimento nella riferibilità dell'accusa, i singoli componenti, così danneggiati nella loro onorabilità individuale”*²⁶.

Il richiamato *excursus* giurisprudenziale ci consente, con apprezzabili margini di certezza, di affermare che gli enti possono assumere la veste di soggetti passivi del reato e, qualora l'offesa sia rivolta anche a coloro che operano all'interno di esso – attraverso dei riferimenti espliciti o un indiscriminato coinvolgimento nella riferibilità dell'accusa – ad essere lesa sarà non solo la reputazione della persona giuridica ma anche la dignità personale dei singoli.

Tuttavia il principio di diffusività dell'offesa è stato aspramente criticato in dottrina, giacché il prestigio di un ente non può essere compromesso da un'espressione diffamatoria propalata nei confronti di un solo individuo che opera al suo interno. L'offesa rivolta alle attività che il singolo svolge all'interno dell'ente in cui opera non possono *sic et simpliciter* considerarsi lesive della reputazione dell'ente²⁷.

²⁵Cfr. Cass., Sez. V, 27 aprile 1998, n. 4982

²⁶ In questi termini, Cass., Sez. V, 22 marzo 1988, n. 3756

²⁷ Sul punto, PEZZELLA V., *La Diffamazione*, cit. p.37 secondo cui l'offesa rivolta verso un soggetto determinato, operante in veste di organo della persona giuridica, non investe automaticamente anche quest'ultima.

1.2.2. Offesa rivolta a più persone o a persona indeterminata

Merita di essere considerato anche il tema delle offese rivolte a più persone in forma collettiva. Non è necessario che l'offeso sia indicato nominativamente, essendo sufficiente che l'offeso sia individuabile in via deduttiva tra una categoria di persone.

Talvolta il gruppo di riferimento dell'offesa risulta difficilmente delimitabile mentre in altre situazioni risulta più agevole delimitarlo, andando ad incidere sulla determinabilità dei soggetti lesi dall'offesa collettiva. Per questo motivo, si ricorre ai criteri della ristretta dimensione quantitativa del gruppo coinvolto dall'espressione offensiva e della pertinenza dell'offesa a tutti i singoli componenti, per consentire di determinare in maniera più agevole maggiore il soggetto passivo²⁸.

Accade di frequente che il carattere allusivo delle propalazioni diffamatorie sia tale da non consentire agevolmente l'individuazione del diffamato da parte dei destinatari della comunicazione offensiva.

La giurisprudenza di legittimità ha fatto chiarezza sul punto, affermando che il reato si configura tutte le volte in cui l'offeso, pur non indicato nominativamente, è agevolmente individuabile con affidabile certezza. Ovviamente tale individuabilità deve essere valutata con il metro del lettore od ascoltatore medio, tenuto conto della prospettazione oggettiva dell'offesa, oltre che di tutti gli elementi empirico-fattuali che vanno a caratterizzare la fattispecie concreta: *“solo ove sia possibile individuare il bersaglio della propalazione offensiva non già attraverso mere congetture o intuizioni, bensì con procedimento deduttivo che consenta, anche per esclusione, e attraverso uno o più tramite selettivi l'individuazione dell'offeso, potrà ritenersi integrato il protocollo di tipicità materiale del delitto di diffamazione. Con l'ovvio corollario che in tanto potrà ritenersi configurabile il delitto di diffamazione, in quanto, attraverso l'esame della prospettazione oggettiva dell'offesa e la valorizzazione di tutte le sfaccettature fattuali che vanno a comporre la fattispecie concreta, possa desumersi, con ragionevole certezza, l'inequivoca individuazione della persona offesa, sia in via processuale, che come fatto pre-processuale, vale a dire come piena e immediata consapevolezza dell'identità del destinatario della prospettazione offensiva”*.²⁹

Per quel che riguarda l'integrazione del reato in caso di propalazione di espressione

²⁸Sul punto, SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 38

²⁹Così, testualmente, Cass., Sez. V, 23 agosto 2016, n. 35361

offensiva ma non nominativa, ricordiamo che, con riferimento al tema che ci occupa, la questione si è posta rispetto alla pubblicazione sul *social network* “Facebook” di *post* in bacheca offensivi di persona inserite nella cerchia degli “amici”. Per la trattazione di questo specifico profilo, di rilevante importanza nell’organico dell’opera, si rinvia alla sede opportuna (*infra* Cap. III, §2).

1.3. L’elemento oggettivo del reato

La condotta incriminata consta di tre requisiti: l’assenza dell’offeso, l’offesa all’altrui reputazione e la comunicazione con più persone.

Innanzitutto, l’offesa alla reputazione deve essere realizzata “*fuori dei casi previsti dall’articolo precedente*”, e cioè in assenza dell’offeso. Nel momento in cui si verifica l’azione criminosa, il soggetto passivo non deve essere presente. La presenza o meno dell’offeso è il tratto distintivo dei reati di ingiuria e diffamazione. L’assenza non rileva solo in termini fisici-spaziali ma come impossibilità di percezione dell’offesa in quanto tale, poiché il soggetto pur essendo presente non è in grado di percepirla³⁰.

Si pone il problema della distinzione tra diffamazione e tentativo di ingiuria aggravata dalla presenza di più persone. Può accadere che con il medesimo fatto si offenda direttamente il soggetto passivo e si divulghi l’offesa poiché commessa in presenza non solo di quest’ultimo ma di più persone. In tal caso trattasi di una circostanza aggravante del delitto d’ingiuria (art. 594, comma 2, c.p.) e non di concorso di reati, perché la legge ha dato prevalenza al titolo d’ingiuria, in considerazione della possibilità che ha l’offeso di difendersi anche presso i terzi presenti³¹. È possibile rinvenire la *ratio* della maggiore gravità della diffamazione rispetto all’ingiuria, proprio nell’assenza del soggetto passivo, che lo pone nell’impossibilità di difendersi.

In secundis, occorre che vi sia un’offesa all’altrui reputazione, intesa come considerazione di cui l’individuo gode presso la comunità in cui opera. Essa dipende dalla comune opinione: è un concetto dinamico il cui senso è rinvenibile non nelle norme giuridiche ma attraverso ciò che è dettato dal costume sociale. L’offesa alla reputazione deve essere ritenuta tale dall’opinione comune in un dato contesto storico. Il sentimento

³⁰ FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale, cit.* p. 107

³¹ Riscontriamo l’autorevolissima opinione del MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, II, p.531.

sociale è suscettibile di mutamenti alla luce del relativismo etico che caratterizza la società e con esso muta, di conseguenza, il confine tra lecito e illecito secondo la *communis opinio*. Diviene complesso determinare un concetto di reputazione definitivamente valido per tutti, in quanto è privo di un significato consolidato. Si tratta di un concetto mutevole nel tempo e non deve stupire che certe affermazioni con il passare del tempo non risultino più offensive proprio per la variabilità storica del relativo parametro interpretativo³². Spetterà al giudice colmare la vaghezza terminologica, conferendogli significato, in base al suo bagaglio culturale.

Alla luce del pluralismo morale, si pone il problema della sussistenza di una *reputazione minima*, tale da poter essere garantita a ciascun individuo. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel riconoscere un livello minimo di onore, spettante ad ogni persona senza distinzioni di sorta. Il delitto di diffamazione, infatti, sarà configurabile anche nei confronti di chi abbia già subito un pregiudizio alla propria reputazione³³. L'affermazione è, del resto, logica estensione del principio – ricavabile dalla lettura congiunta dell'art. 595 e del successivo art. 596 – secondo cui l'attribuzione di un addebito vero, ma disonorante, integra comunque il delitto di diffamazione.

La Suprema Corte ha poi evidenziato come sia possibile rinvenire un'offesa alla reputazione non solo personale ma anche professionale, in conformità all'opinione sociale in un determinato contesto storico³⁴.

Infine, l'ultimo requisito consiste nella *comunicazione con più persone*, ossia dalla “*presa di contatto con soggetti diversi dall'offeso al fine di renderli partecipi di fatti lesivi della reputazione di questi*”³⁵. Si richiede la divulgazione dell'espressione lesiva della reputazione altrui ad almeno due destinatari³⁶, ma non è necessario che avvenga contemporaneamente, potendo aver luogo in tempi diversi. Inoltre, non perde il carattere criminoso se fatta in maniera confidenziale o riservata.

“*Per aversi diffamazione, infatti, è necessario che l'autore comunichi con almeno due persone ovvero con una sola persona, ma con tali modalità che detta notizia sicuramente*

³² FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale, ibidem*

³³ *Ex plurimis*, nella giurisprudenza di legittimità Cass., Sez V, 12 febbraio 1992, n. 1481

³⁴ Si richiama Cass., sez.V., 18 giugno 1982, n.5954.

³⁵ Così lo definisce lo SPASARI, voce *Diffamazione e Ingiuria*, p. 42

³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, cit.* p.206; FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, p. 87; SPASARI, *Diffamazione e Ingiuria, ibidem*.

venga a conoscenza di altri ed egli si rappresenti e voglia tale evento”³⁷.

La comunicazione con più persone deve prendere di mira un soggetto determinato o almeno facilmente e certamente identificabile, poiché le genericità dell'addebito non dà luogo a diffamazione in quanto non consente di individuare il soggetto leso.

Le modalità di comunicazione possono essere le più disparate: si può ricorrere alla parola, agli scritti, alla gestualità, oppure utilizzare i mezzi di comunicazione di massa quali radio, televisione, *Internet*, ovvero con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

La dottrina prevalente ritiene che non sia sufficiente la possibilità che le espressioni offensive vengano apprese da coloro a cui sono rivolte, ma occorre che siano effettivamente percepite.

La comunicazione può essere realizzata anche in tempi diversi. Il delitto permarrà nella sua unicità, qualunque sia il numero delle persone con cui si entra in comunicazione. Tuttavia, sarà possibile riscontrare la continuità del reato in esame, qualora le comunicazioni offensive siano rivolte a persone diverse, in intervalli temporali differenti in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. In mancanza di questo nesso teleologico, se la comunicazione offensiva è fatta a più persone, si avrà concorso omogeneo di reati. Nel caso in cui la divulgazione avvenga nei confronti di una sola persona, non potrà, comunque, integrarsi il delitto di diffamazione³⁸.

1.4. L'elemento soggettivo del reato

L'elemento psicologico del reato si configura come dolo generico, essendo sufficiente la coscienza e la volontà di tenere la condotta incriminata con la consapevolezza del suo carattere lesivo.

Tradizionalmente era ritenuto indispensabile l'*animus diffamandi*, cioè l'intenzione del soggetto agente di offendere l'altrui reputazione. Occorreva, dunque, svolgere un'indagine sullo stato d'animo che aveva condotto il soggetto a porre in essere la condotta criminosa e qualora quest'ultima fosse stata generata da un movente privo del carattere antisociale, il dolo sarebbe senz'altro venuto meno³⁹.

La dottrina e la giurisprudenza successivamente hanno rilevato che non è necessario

³⁷In questi termini, chiaramente, *Cass., Sez. V, 15 luglio 2010, n. 36602*

³⁸Cfr. SPASARI, voce *Diffamazione e Ingiuria*, cit. p. 42

³⁹SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 38

che vi sia l'*animus diffamandi*, poiché dal testo normativo non si evince la presenza di alcun dolo specifico e dunque, lo scopo perseguito dall'agente è irrilevante⁴⁰.

Secondo la Suprema Corte *“in tema di delitti contro l'onore, non è richiesta la presenza di un animus iniuriandi vel diffamandi, ma appare sufficiente il dolo generico, che può assumere la forma del dolo eventuale atteso che basta che il soggetto agente, consapevolmente, faccia uso di parole ed espressioni socialmente interpretabili come offensive, ossia adoperate in base al significato che esse vengono ad assumere oggettivamente, senza diretto riferimento alle intenzioni dell'agente.”*⁴¹

Ogni indagine ulteriore riguardante le finalità perseguite dall'agente, si limiterebbe ad accertare un comportamento valido solo dal punto di vista personale del soggetto agente ma normativamente irrilevante.⁴²

Un consistente indirizzo giurisprudenziale sostiene che il dolo si possa desumere, senza necessità di ulteriori indagini, dall'obiettiva offensività delle parole utilizzate dall'agente⁴³.

La giurisprudenza di legittimità ha specificato che: *“ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico del reato di diffamazione è sufficiente il dolo generico, vale a dire la consapevolezza di offendere l'onore o la reputazione di un soggetto; ne consegue che, allorquando il carattere diffamatorio delle espressioni rivolte assuma una consistenza diffamatoria intrinseca – che non può sfuggire all'agente che le ha utilizzate proprio per dare maggiore efficacia al suo dictum – non è necessaria alcuna particolare indagine sull'elemento psicologico”*⁴⁴.

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito, affermando che il dolo è generico e non richiede particolari accertamenti qualora sia evidente il carattere diffamatorio delle espressioni utilizzate dall'agente, che non abbia, peraltro, inteso rettificare le notizie divulgate e parzialmente false⁴⁵.

Tuttavia, la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato non può essere dedotta

⁴⁰FIANDACAG. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 108 ; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 215

⁴¹In argomento, tra le pronunce storiche, Cass., Sez. V, del 11 maggio 1999, n. 7597, *Beri Riboli*, rv. 213631; più di recente, Cass. pen. Sez. V, 12 dicembre 2012, n. 4364

⁴²SPASARI, voce *Diffamazione e Ingiuria*, cit. p. 42

⁴³SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 38

⁴⁴Cass. Pen. Sez. V, sent. n. 11663 del 16 Dicembre 1997, in C.E.D. Cass. 209262.

⁴⁵App., Roma, Sez. III, 4 maggio 2016

implicitamente sulla base all'offensività delle espressioni utilizzate. Ogni presunzione di dolo si porrebbe, chiaramente, in contrasto con i principi generali del diritto penale⁴⁶.

È configurabile il dolo eventuale nell'ipotesi di accettazione del rischio dell'offesa: quando l'agente pur essendosi rappresentato l'evento lesivo come possibile conseguenza della propria condotta, non ha abbandonato il suo proposito criminoso. La mera colpa ancorché con previsione dell'evento non è invece sufficiente per l'imputabilità del delitto di diffamazione⁴⁷.

In accordo con i principi generali, il dolo sarà escluso al ricorrere di un errore di fatto su uno degli elementi essenziali della fattispecie oggettiva e altresì nel caso di erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione.

1.5. Il momento consumativo del reato e locus commissi delicti

La diffamazione è un reato istantaneo, si consuma nel momento e nel luogo in cui si realizza la percezione da parte di due o più persone del fatto lesivo. Dunque, trattandosi di una manifestazione del pensiero, occorre che l'offesa venga effettivamente percepita e compresa, ai fini della consumazione del delitto⁴⁸.

La Suprema Corte aveva condiviso l'orientamento secondo cui la diffamazione è un reato formale ed istantaneo, che, pertanto, *“si consuma con la comunicazione con più persone lesiva dell'altrui reputazione, onde diviene irrilevante, ai fini del perfezionamento della fattispecie, una maggiore espansione quando si sia realizzata la propalazione minima, sempre che si rimanga in uno stesso contesto di azione”*⁴⁹.

Non rilevando la contestualità delle comunicazioni, è possibile che esse avvengano in tempi successivi, nei confronti di soggetti diversi. In questi casi il reato si perfezionerà con la seconda comunicazione, giacché realizza la pluralità di destinatari.

Integrato il reato, vien da sé che le eventuali comunicazioni ulteriori saranno valutate dal giudice ai fini della commisurazione della pena tra il minimo e il massimo edittale ex art.133 c.p.

⁴⁶ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 215

⁴⁷Si richiama la lezione del MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, I, p.531

⁴⁸FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 108 ; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 206, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti bibliografici. È bene premettere che in dottrina si registra una difformità di vedute tra chi ritiene che si tratti di un delitto di evento, integrato dalla percezione dell'offesa e chi, al contrario, considera la diffamazione un reato di mera condotta (v. *infra*).

⁴⁹Tra le storiche pronunce si richiama, *Cass. Pen., Sez I, ord. n. 1524/1979*

Qualunque sia il numero delle persone con le quali si entra in comunicazione il delitto rimane unico, vista l'irrelevanza del numero superiore a due. Ma se il diffamatore ripete le sue comunicazioni offensive a diverse persone (a due almeno a ciascuna ripresa), in distinti contesti di azione (cioè a intervalli di tempo più o meno lunghi), si ha delitto continuato allorché i fatti siano commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. Se poi ogni comunicazione offensiva è fatta a più persone, ma senza unificazione teleologica fra le varie comunicazioni, si ha concorso omogeneo di reati; se, invece, ogni comunicazione è fatta ad una sola persona, si ha una pluralità di atti che non costituiscono diffamazione.⁵⁰

1.6. La natura del reato, la configurabilità del tentativo ed il concorso di persone nel reato

La reputazione è un bene morale e come tale risulta complesso determinare la sua lesività effettiva. Sorge, perciò, la problematica concernente la qualificazione della diffamazione come reato di pericolo o di danno.

La dottrina dominante ritiene che si tratti di un reato di pericolo, poiché non si esige che la reputazione sia distrutta o diminuita⁵¹.

Si ritiene che debba trattarsi di pericolo attuale, effettivo, in quanto non può ritenersi sufficiente la sola possibilità di una lesione dell'altrui reputazione ma occorre la probabilità che quest'ultima si verifichi⁵².

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che si tratti di reato di danno, perché l'onore è concepito in senso personalistico a prescindere dall'opinione del soggetto o di terzi, ogni giudizio contrapposto a tale valore è di per sé lesivo dell'onore⁵³. Pertanto, è necessaria l'effettiva lesione della reputazione del soggetto diffamato.

L'opzione in un senso o nell'altro incide sulla configurabilità o meno del tentativo.

Se si tratta di un reato di pericolo, il tentativo non è configurabile nel caso di diffamazione mediante comunicazione verbale ma sarà possibile invece nel caso in cui la condotta sia commessa con lo scritto e sia frazionabile. Per fare un esempio, in caso di

⁵⁰ SPASARI, voce *Diffamazione e Ingiuria*, cit. p. 42

⁵¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 204

⁵² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, I, p.544

⁵³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 272

spedizione di una lettera diffamatoria a più persone, se per disguidi postali viene recapitata ad uno solo dei destinatari, si avrà diffamazione tentata.

I sostenitori della teoria del reato di danno ritengono, invece, configurabile il tentativo sia per quanto riguarda le comunicazioni verbali che per quelle scritte; così la comunicazione diffamatoria non avrà luogo se impedita, non pervenuta o percepita da uno soltanto dei destinatari.⁵⁴

1.7. Le circostanze aggravanti speciali

L'art.595 c.p. prevede tre circostanze aggravanti speciali:

1. se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato;
2. se l'offesa è recata con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico;
3. se l'offesa è arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio.

Passiamo ora all'analisi analitica di ciascuna di queste ipotesi.

1.7.1. L'attribuzione di un fatto determinato

L'articolo 595 al comma 2 prevede un aumento di pena se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Occorre, quindi, chiarire cosa si intende per *fatto determinato*.

Secondo l'impostazione tradizionale, l'addebito di un fatto determinato deve recare l'indicazione di tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persone, al fine di rendere più agevole la specificazione, e renderla credibile agli occhi dei destinatari della comunicazione. In sostanza, deve trattarsi di un addebito “*concreto, avente un contenuto che non sia generico o di tipo valutativo*”.⁵⁵

L'interpretazione recente ritiene che per fatto determinato debba farsi riferimento ad un accadimento storicamente individuato ed irripetibile. Occorre un criterio di riprova che renda il fatto determinato secondo quanto è stato addotto nella manifestazione offensiva.

⁵⁴MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, cit.*, p. 312

⁵⁵ SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione, cit.* p. 41

Ad essere imputato è un fatto concreto, un *quid pluris* previsto dalla legge rispetto ad un generico addebito, in quanto trattasi di una circostanza che rende l'offesa più attendibile, trovando riscontro nella realtà e aumentando così la portata offensiva dell'aggressione all'altrui reputazione.

L'aggravante trova, infatti, la sua ragion d'essere nel marcato pregiudizio che l'attribuzione di un preciso addebito causa al soggetto leso.

La specificità del fatto lesivo dell'altrui reputazione non richiede una particolare meticolosità nella descrizione del fatto in tutti i suoi particolari, ma è sufficiente che non sia esposto in termini vaghi e generici, potendo rilevarsi una certa concretezza, un riscontro nella realtà⁵⁶.

Si è affermato in giurisprudenza che *“l’attribuzione ad un terzo di un fatto determinato, dunque la rappresentazione sostanziale di un accadimento nella concreta ed inconfondibile unicità ed individualità, ha la peculiarità di ingenerare nel lettore un maggior convincimento di attendibilità delle circostanze narrate rispetto a quelle riportate diversamente in modo vago, ipotetico, meramente allusivo o insinuatorio”*⁵⁷. Nel caso di offesa all'altrui reputazione mediante l'attribuzione di un fatto determinato, è evidente il maggior pregiudizio per la vittima; da qui il conseguente aggravio afflittivo per l'autore.

Il fatto determinato comunicato a più persone deve essere sostanzialmente identico e non può essere riferito ad alcuni in modo specifico e ad altri in maniera vaga, altrimenti non ricorrerà l'aggravante in questione ma si tratterà di diffamazione semplice.

Affinché possa sussistere l'aggravante è sufficiente che l'episodio venga specificato nelle sue linee essenziali, di modo che risulti maggiormente credibile e che *“le espressioni adoperate evocino alla comprensione del destinatario della comunicazione azioni concrete e dalla chiara valenza negativa”*.⁵⁸

L'attribuzione di un fatto specifico è inoltre contemplata dall'art. 13 della L. 8 febbraio 1948, n.47 (disposizioni sulla stampa), concernente la diffamazione a mezzo stampa commessa attraverso l'attribuzione di un fatto determinato.

⁵⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 212

⁵⁷ Trib. Milano, 11 luglio 1997 Zanini e altri, *Rivista Penale*, 1997, 1035 162 citato da PEZZELLA V., *La Diffamazione*, p. 185

⁵⁸ Cass., Sez. V, 12 maggio 1999, n. 7599, in *Dir. Inf.*, 2000, p. 390

È necessario ora esaminare quale siano i rapporti intercorrenti tra l'aggravante dell'art. 595 commi 2 e 3 c.p. e l'ipotesi di cui all'art. 13 L. 47/1948.

La Suprema Corte ha cercato di individuare gli elementi di differenziazione specificando che la circostanza aggravante di cui all'art. 13, l. 8 febbraio 1948, n.47, in relazione alla norma generale di cui all'art. 595, comma 2, c.p., relativa all'attribuzione di un fatto determinato, deve essere ricollegata all'attribuzione di un fatto, che sia *“storicamente concreto, ma ben anche costituente giuridicamente un quid pluris in termini di maggiore valenza lesiva della reputazione del soggetto passivo, quale risultato giuridicamente aggravato dell'offesa; risultato da valutare mediante la combinazione del mezzo usato per l'azione e la conseguente natura aggravata dell'evento”*.⁵⁹

La ragione della maggiore offensività arrecata all'altrui reputazione dalla diffamazione a mezzo stampa è dovuta alla particolare diffusività del mezzo e lo stesso vale per la diffamazione commessa con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

1.7.2. L'offesa arrecata col mezzo della stampa

L'art. 595, comma 3, c.p. prevede un ulteriore aggravante speciale, qualora l'offesa sia commessa con il mezzo della stampa.

Nell'antica dottrina questa ipotesi dava luogo alla figura dell'antico *libello famoso*, espressione poi abbandonata.

La *ratio* dell'aumento di pena risiede nella maggiore capacità di divulgazione dell'offesa da parte del mezzo di comunicazione utilizzato, che reca con sé un maggior danno per il soggetto passivo.

Sia pur in breve – in vista dell'approfondimento che sarà fatto rispetto alla stampa c.d. telematica – sembra opportuno precisare cosa debba intendersi per “stampa”. L'art. 1 della legge 8 febbraio 1948, n.47, definisce come stampa o stampati *“tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione”*.

Una *distinctio* fondamentale, che spesso ricorre in dottrina, è tra i reati commessi a mezzo della stampa ed i reati di stampa in senso stretto.

⁵⁹ Così Cass., Sez. V, 16 marzo 1992, n.2883

In via di approssimazione si può affermare che i reati di stampa sono gli illeciti disciplinati dalla Legge sulla Stampa, mentre quelli a mezzo stampa si configurano in base al contenuto lesivo dello stampato e che trovano nella stampa uno strumento per la loro consumazione, pur potendo essere commessi con modi e mezzi diversi⁶⁰.

Non rileva il fatto che si tratti di stampa periodica o episodica e che la diffusione si sia verificata con l'osservanza delle prescrizioni di legge o senza (come accade per la stampa clandestina)⁶¹.

Il concetto di stampa però andrebbe rimeditato soprattutto alla luce del progresso tecnologico; sarebbe opportuno – come da più parti si è evocato – aggiornare il testo normativo per renderlo al passo con i tempi⁶².

Per l'individuazione del soggetto passivo, in mancanza di indicazione o di riferimenti inequivoci a fatti e circostanze di notoria conoscenza, attribuibili ad un soggetto determinato, si ritiene debba essere deducibile, in termini di affidabile certezza, dalla stessa prospettazione oggettiva dell'offesa, quale si desume anche dal contesto in cui è inserita⁶³.

Affinché possa configurarsi la diffamazione a mezzo stampa occorre svolgere una valutazione del contenuto dell'articolo nel suo complesso. Il reato si considera compiuto con il mezzo della stampa quando ricorrono due condizioni: una *oggettiva*, relativa alle modalità di formazione dello scritto attraverso mezzi tipografici o fisico-chimici, tali da garantire la riproduzione di un testo in più copie uguali tra loro; e una *soggettiva*, relativa alla pubblicazione, cioè alla divulgazione ad un numero indeterminato di soggetti⁶⁴.

Si ha stampa o stampato non solo quando interviene la destinazione alla pubblicazione (elemento soggettivo), ma occorre l'elemento oggettivo della necessaria molteplicità di esemplari. Tale elemento verrà a mancare qualora si tratti di un unico esemplare, anche se esposto in pubblica mostra.

Bisogna prestare attenzione al caso in cui la riproduzione plurima su carta riguardi una lettera o un messaggio. La tesi preferibile è quella di riscontrare la sussistenza dell'aggravante *de qua* in tutti i casi di indeterminatezza dei destinatari del messaggio.

⁶⁰POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, p. 68

⁶¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 216

⁶² Ci occuperemo di questo tema nel successivo Capitolo, cui si rinvia (*infra*, § Cap. II, § 2.2, 4.1).

⁶³ In argomento, *Cass.*, Sez. V, 23 febbraio 2000, n.2135

⁶⁴ Si richiamano, di seguito, le considerazioni didascaliche di MUSCO E., *Stampa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, pag. 634

Questo può essere rilevato nel caso dei volantini, trattandosi di messaggi cartacei plurimi destinati ad un numero indeterminato di persone.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che nella nozione di stampa di cui all'art. 595, comma 3, c.p. vanno ricomprese “*tutte le riproduzioni grafiche, come i manifesti e i volantini, ottenute con qualsiasi mezzo meccanico, sia esso un ciclostile, una fotocopiatrice o un computer, atteso che per la configurabilità del reato è sufficiente che la riproduzione sia destinata alla diffusione ad una indifferenziata cerchia di persone, mentre è del tutto irrilevante lo strumento utilizzato per ottenerla o il numero di copie ottenuto*”⁶⁵.

Lo stesso principio vale nel caso di diffusione di una pluralità di copie di un messaggio a contenuto diffamatorio, purché non siano stati specificati i nominativi dei destinatari. Infatti non può considerarsi stampato, in materia di diffamazione a mezzo stampa, la riproduzione meccanica di una lettera in diversi esemplari da recapitare a destinatari ben individuati ed indicati nella stessa.

In giurisprudenza è pacifico che la diffamazione a mezzo stampa possa realizzarsi anche attraverso la pubblicazione di fotografie, indipendentemente dalla valenza diffamatoria degli eventuali scritti che le accompagnano.

L'aggravante può verificarsi anche attraverso la pubblicazione del cc. dd. *fotomontaggi*, poiché, evidentemente, la comunicazione sociale e la comunicazione giornalistica non consistono soltanto in un testo parlato o scritto. Invero l'attività giornalistica ha forme diverse che vanno dallo scrivere un articolo, all'illustrarlo con immagini, fotografie e fotomontaggi, dall'impaginazione grafica (titolo, risalto tipografico ecc.) alle ricerche storiche o d'archivio etc⁶⁶.

In assenza di disposizioni specifiche per il delitto di diffamazione a mezzo stampa da parte della legge 47/1948, ci si è chiesti quale sia il *locus commissi delicti*⁶⁷.

L'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza ritiene che il reato si consumi nel luogo di prima diffusione dello stampato. Uscito lo stampato dalla tipografia, vi è l'immediata possibilità che venga letto da più persone. Questo criterio è ritenuto valido anche nel caso dei volantini.

⁶⁵ Cass., Sez. II, 5 luglio 2011, n. 26133 citata da citato da PEZZELLA V., *La diffamazione, cit.*

⁶⁶ Profilo esaminato da Cass., Sez. VI, 13 maggio 1980, Gregoretti, in CED Cass. n. 145281, citata anch'essa dal PEZZELLA V., *La diffamazione, cit.*

⁶⁷ PEZZELLA V., *La diffamazione, cit.* p. 108 ss.

Se il luogo di prima diffusione non risulta in modo certo, si ricorre a quello dell'effettiva divulgazione dello stampato. Graverà quindi sull'editore l'obbligo di indicare il luogo in cui il prodotto viene stampato.

Questa impostazione ha subito delle obiezioni, poiché si ritiene che la lesione della reputazione e la consumazione della diffamazione a mezzo stampa non avvengano fino a che la pubblicazione rimanga nella sfera di privata disponibilità dell'impresa tipografica, venendo a mancare il requisito della divulgazione. Si è affermato così un orientamento di legittimità minoritario che ritiene consumato il reato nel luogo di deposito delle copie d'obbligo *ex. art. 1 L. .374/1939*⁶⁸.

Le nuove tecnologie di stampa pongono poi nuovi problemi, in quanto l'ipotesi di una stampa in un unico luogo è ormai residuale, considerate le dimensioni delle imprese editoriali. Gli stampati avvengono in luoghi differenti e non può più valere il criterio del luogo di prima diffusione, in quanto è possibile che il periodico non sia ancora completo in tutte le sue parti. Soccorre quindi, il criterio del luogo di deposito delle copie d'obbligo: solo in quel momento il giornale è completo in tutte le sue parti ed esce dalla sfera di disponibilità dell'editore. Tuttavia, si pone il problema delle edizioni teletrasmesse, riguardante i periodici che trasmettono *on line* il prodotto editoriale finito, poi stampato in varie tipografie dislocate sul territorio nazionale o estero, da cui parte materialmente la diffusione del prodotto cartaceo. Tema che, seguendo l'impostazione dell'opera, sarà approfondito nel secondo capitolo.

Si pone, altresì, il problema della diffamazione a mezzo stampa estera, *melius* stampata in sede estera, ma commercializzata solo in Italia. In questo caso sarà l'Italia il luogo di prima diffusione e il luogo in cui si radicherà la competenza per territorio del giudice. Se invece la stampa avviene all'estero e il prodotto venga poi commercializzato anche in Italia, il riferimento sarà al criterio espresso nell'art.6, comma 2, c.p.p.

Ebbene, tali questioni – già di per sé complesse con riferimento alla stampa cartacea – non hanno valore rispetto alla diffusione della stampa telematica; come vedremo trattando di questa peculiare ipotesi di diffamazione, il *locus commissi delicti* viene individuato in modo marcatamente diverso.

⁶⁸ La disposizione è stata abrogata dalla L. 106/2004 (c.d. Legge Urbani); quindi questo criterio non si può ritenere valido.

1.7.3. L'offesa arrecata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità

L'art. 595 c.p. sempre al terzo comma si riferisce ad un ulteriore mezzo per arrecare l'offesa, oltre alla stampa, definito come “*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*”.

La giurisprudenza vi fa rientrare anche i canti o i discorsi in luogo pubblico, il lancio di cartellini in luoghi di assembramento nonché le circolari dirette a numerose persone indeterminate.⁶⁹

Vanno ricondotti a tale previsione aggravata anche la diffusione di immagini video o i messaggi audio trasmessi in occasione di pubbliche manifestazioni.

Si tratta di un concetto generico, che prima dell'entrata in vigore della normativa *ad hoc* prevista dalla legge 14 aprile 1975, n. 103 e dalla legge 6 agosto 1990, n. 223, ricomprendeva anche la radio e la televisione.

La giurisprudenza vi fa ampio riferimento, per farvi rientrare le nuove tecnologie ed in particolare la diffusione di espressioni lesive della reputazione altrui attraverso la rete; anche con riguardo a questi temi preferiamo rinviare a sede più opportuna (*infra*, *Cap. II*, § 1.1, *Cap. III* §2).

1.7.4. L'offesa in atto pubblico

Per ragioni di completezza espositiva, ricordiamo che la diffamazione aggravata è aggravata dall'utilizzo di atto pubblico per la sua perpetrazione (art. 595, comma 3, c.p.).

Per atto pubblico si intende l'atto che è definito tale dalla legge, proveniente da un pubblico ufficiale e destinato alla pubblicità, in modo che qualsiasi individuo possa prenderne visione. Si fa comunemente riferimento, per la relativa definizione, all'art. 476 c.p.

Esempi di atti pubblici idonei a contenere affermazioni diffamatorie aggravate sono gli atti rogati da notaio, gli atti di notorietà, le notificazioni, i verbali degli organi collegiali, i verbali di operazioni elettorali, i verbali di attività giudiziarie, gli atti di pubbliche autorità portati a conoscenza della cittadinanza⁷⁰.

Non facendo alcuna distinzione tra gli atti pubblici, vi rientrano anche quelli orali e non solo quelli scritti.

⁶⁹Cass., Sez. VI, 8 febbraio 1977, *Esposito*, CED, 135257

⁷⁰ Per ogni opportuno approfondimento PEZZELLA V., *La diffamazione*, cit. p. 123

È appena il caso di rilevare, per quel che interessa il tema oggetto della nostra analisi, che, in prospettiva futura la questione della diffamazione commessa in atto pubblico potrebbe porsi rispetto all'atto rogato da notaio mediante l'apposizione di firma digitale, che può essere trasmesso in modo fidefaciente mediante la PEC (Posta Elettronica Certificata). Si tratta di un argomento che, ad oggi, non ha dato luogo ad alcun precedente giurisprudenziale ma che, per l'avvenire, potrebbe aprire sicuramente scenari di interesse per il penalista.

1.7.5. L'offesa arrecata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio

Si tratta di una circostanza aggravante di natura oggettiva contemplata al quarto comma dell'art. 595 c.p. che determina un aumento della pena base nella misura ordinaria.

La *ratio* dell'aggravante sta nel tutelare gli organi del potere pubblico⁷¹.

Ricorre solo se l'offesa è arrecata direttamente al corpo nell'integrità della sua composizione e non ai singoli partecipi⁷².

È necessario per la sua sussistenza che l'offesa venga arrecata in assenza della persona offesa, altrimenti ricorrerà il più grave reato di oltraggio ad un corpo politico, amministrativo e giudiziario previsto dall'articolo 342 c.p.

2. Le cause di giustificazione comuni

Il codice penale prevede anche rispetto ai reati contro l'onore l'esistenza di cause di giustificazione. Le scriminanti escludono l'antigiuridicità del fatto, ovvero negano *in limine* la conformità sul piano oggettivo della condotta al tipo previsto dalla legge, a seconda che segua la teoria bipartita o tripartita del reato⁷³.

⁷¹ Sono *corpi politici* sono gli organi costituzionali (Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Assemblee Regionali); *corpi amministrativi* le autorità collegiali investite di funzioni amministrative, quali il Consiglio di Stato, il CSM, la Corte dei Conti, i Consigli comunali e provinciali, le Commissioni elettorali; *corpi giudiziari* sono tutti i collegi investiti di giurisdizione, sia permanente che temporanea, comune o speciale; per rappresentanze di corpi si intendono le collettività costituite in rappresentanza dei corpi stessi ed investite delle funzioni spettanti a questi ultimi; infine *Autorità costituite in collegio* ad es. il Senato accademico di un'università e qualunque pubblico ufficio che funzioni collegialmente.

⁷² FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 109

⁷³ Secondo quest'ultima il reato è caratterizzato da fatto tipico e colpevolezza tra i quali si interpone il requisito autonomo dell'antigiuridicità v. FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale- Parte Generale*, Zanichelli, p.45 ss; la prima teoria, facendo leva sull'inesistenza *in rerum natura* dell'antigiuridicità, che assume rilievo solo quale giudizio di relazione, evidenzia solo due elementi: quello oggettivo (fatto conforme al tipo) e

Le cause di giustificazione che spesso ricorrono reato di diffamazione sono: l'adempimento di un dovere giuridico o l'esercizio di una facoltà legittima (art. 51 c.p.).

La *ratio* dell'operatività della cause comuni di giustificazione è rinvenibile nel necessario bilanciamento di interessi parimenti meritevoli di tutela.

2.1. L'adempimento di un dovere giuridico

Fra i doveri giuridici che escludono la punibilità del reato di diffamazione si collocano:

- a) l'obbligo di denuncia che grava sui pubblici ufficiali, sugli incaricati di pubblico servizio, sugli esercenti professioni sanitarie e, in taluni casi, sui singoli cittadini (artt. 361-365 c.p., 331, 333 c.p.p., 221 coord. c.p.p., 256 c.p.c.);
- b) l'obbligo di esporre determinati fatti che incombe su testimoni, periti, interpreti nel processo sia penale che civile (artt. 372 ss. c.p., 194-207, 407-500 c.p.p., 244-245 c.p.c.);
- c) l'obbligo di effettuare indagini in presenza di una notizia di reato da parte della polizia giudiziaria, quello di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e quello di motivazione di cui sono destinatari taluni pubblici ufficiali, tra cui i magistrati in relazione ai propri provvedimenti;
- d) l'obbligo di rendere note agli interessati le irregolarità riscontrate nella gestione di imprese commerciali, prescritto dalle leggi civili, ai sindaci delle società, ai liquidatori, ai curatori fallimentari ecc.

Adempiendo un dovere sancito dall'ordinamento giuridico, questi soggetti non possono incorrere in responsabilità penale⁷⁴.

2.2. L'esercizio di un diritto

L'art. 51 c.p. stabilisce che anche l'esercizio di un diritto esclude la punibilità, poiché qualora viene attribuita una determinata facoltà direttamente dalla legge, significa che si riconosce la prevalenza di un certo interesse rispetto agli altri. Perciò un'azione non può essere consentita dall'ordinamento giuridico e allo stesso tempo vietata.

L'esercizio di un diritto è l'estrinsecazione del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* e ricomprende al suo interno tutti i diritti soggettivi.

quello soggettivo (atteggiamento della volontà) v. ANTOLISEI F., *Man. Dir. Pen.*, Milano, 2003, p. 214.

⁷⁴Altrimenti si giungerebbe alla paradossale conseguenza di imporre un determinato comportamento, parimenti sanzionando penalmente; così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit. p. 282

Secondo l'Autorevolissima lezione dell'Antolisei, non basta che l'ordinamento giuridico attribuisca un diritto, perché il fatto commesso allo scopo di esercitarlo non sia punibile: *“occorre che la legge consenta, per lo meno implicitamente, di esercitarlo mediante quella determinata azione che di regola costituisce il reato”*.⁷⁵

La scriminante, quindi, non opera se si superano i limiti stabiliti dalla legge.

Fra i casi di maggior rilevanza di esercizio di un diritto vi rientra l'attività giornalistica, che esclude la punibilità dei giornalisti nei casi di diffamazione poiché essi esercitano un diritto che trova fondamento nella libertà di stampa. Nel diritto alla libera manifestazione del pensiero sancito dall'articolo 21 della Costituzione si palesa nel diritto di cronaca e di critica.

Onore e libera manifestazione sono beni di pari rango e necessitano di essere reciprocamente bilanciati, al fine di stabilire i confini e l'operatività dell'uno e dell'altro⁷⁶. È proprio il diritto di libera manifestazione del pensiero ad escludere l'antigiuridicità di comportamenti conformi alla fattispecie diffamatoria.

2.3. Il diritto di critica

Il diritto di critica⁷⁷ costituisce una scriminante dei delitti contro l'onore. Per critica si intende un giudizio motivato riguardante accadimenti, fatti o circostanze dei più vari settori della vita sociale.

La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che trattandosi di un giudizio personale, non si può pretendere che la critica sia connotata da pura obiettività⁷⁸.

Il diritto di critica però non è senza limiti ma presuppone la verità del fatto, l'interesse sociale (pertinenza) e la correttezza formale del linguaggio (continenza).

La critica, senza il riferimento alla realtà concreta, cessa di essere tale ed inoltre, necessita di un riscontro in termini di interesse generale, evitando di tradursi in un mero attacco personale. Il requisito della verità deve essere attinente al fatto che si pone alla

⁷⁵ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale, cit.*, p.285

⁷⁶ FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale, cit.* p. 109

⁷⁷ Per approfondimenti bibliografici circa le scriminanti della diffamazione connesse all'esercizio di libertà di pensiero di rimanda all'opera di GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma 2013.

⁷⁸ Sul punto *Cass., Sez. V, 27 giugno 2000, n.7499* richiamata dal PEZZELLA, *La diffamazione, cit.*

base delle opinioni date, esso deve essere realmente accaduto, trovando obiettivo riscontro nella realtà⁷⁹.

Nella critica viene tollerato l'utilizzo di un linguaggio vivace, ironico, polemico, aspro e pungente ma deve essere esercitato nei limiti, evitando espressioni inutilmente offensive. Se la critica è rivolta nei confronti di una persona, è ovvio che la valutazione negativa potrà incidere sulla sua reputazione ma ciò non può condurre all'esclusione di un diritto così importante per lo svolgimento della vita democratica di una nazione.

Come emerge quotidianamente dai dibattiti pubblici, la critica spicca in particolar modo in ambito politico.

La giurisprudenza ha rilevato che nella sfera politica, il diritto di critica può essere esercitato con toni aspri che conservano la loro funzionalità alla battaglia politica in atto purché volti ad attaccare il soggetto in relazione alla carica pubblica occupata.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come i limiti cui la critica politica è ammissibile sono più ampi di quelli della critica tout court in quanto l'uomo politico *“agisce come personaggio pubblico, esponendosi inevitabilmente e coscientemente ad un controllo approfondito da parte dei giornalisti e dei cittadini”* per cui *“i politici devono dimostrare grande tolleranza, soprattutto quando rendono dichiarazioni pubbliche che possono suscitare critiche”* in quanto *“il loro diritto alla protezione della reputazione va bilanciato con l'interesse alla libera discussione delle questioni politiche”*⁸⁰.

Tuttavia, devono sempre essere rispettati i criteri di verità, pertinenza e continenza.

Il diritto di critica politica spetta anche al comune cittadino, in quanto elettore e titolare di diritti politici. Il legittimo esercizio della critica politica, riconosciuto ad ogni cittadino, pur potendo sopportare toni aspri e di disapprovazione, non può superare i limiti e tradursi in un attacco personale, causando una lesione del diritto di altri all'integrità morale. Nel caso di affermazioni diffamatorie da parte dei politici nei confronti della magistratura, sorge il problema delle limitazioni che deve incontrare tale diritto.

La giurisprudenza ha affermato che anche le sentenze possono essere oggetto di critica, anche aspra, per gli argomenti che ne sostengono le interpretazioni dei fatti e delle norme, che sono spesso “opinabili”, però non è consentito presentare le pronunce giurisdizionali

⁷⁹In argomento, Cass., Sez. V, 24 maggio 2002, n. 20474

⁸⁰Così la celebre sentenza della Corte EDU, 1 luglio 1997, citata da PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 666

come risultato di complotti o strategie politiche, poiché in tal caso si afferma un fatto lesivo che deve essere rigorosamente provato⁸¹.

Il diritto di critica trova la sua collocazione anche in altri settori della vita pubblica.

Nella critica artistica toni aspri e polemici sono consentiti nei confronti dell'opera, in quanto essendo pubblica è suscettibile di essere giudicata. Laddove le espressioni utilizzate vadano a ledere l'artista come persona, il diritto di critica sarà escluso.

Ovviamente, i riferimenti a fatti della vita privata dell'artista in grado di fungere da valida motivazione per il giudizio sull'attività artistica dell'autore, saranno consentiti⁸².

Nel settore lavorativo, la facoltà di critica compete a coloro che fanno parte di associazioni pubbliche o private nei confronti degli atti degli amministratori, consentendo in tal modo di far esplicitare ai soci il potere di controllo che gli compete.

Per quanto riguarda la critica storica, la narrazione deve essere composta rivelando la dignità e la responsabilità dell'ufficio dello storico. Quando nella ricerca storica il diritto di critica sconfinava nell'altrui personale denigrazione, può divenire strumento di aggressione dell'altrui sfera morale e rimanere, pertanto, privo di tutela costituzionale⁸³.

2.4. Il diritto di cronaca

Per diritto di cronaca s'intende, di solito, *“il diritto di raccontare accadimenti reali per mezzo della stampa in considerazione del loro interesse per la generalità dei consociati”*⁸⁴ o, in altri termini, *“il potere-dovere conferito al giornalista di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende interessanti la vita associata”*⁸⁵.

Le Sezioni Unite nel 1984⁸⁶ hanno affermato che il diritto di cronaca è esercitato legittimamente quando risulta contenuto entro i rigorosi limiti della verità oggettiva, della pertinenza e della continenza formale dei fatti narrati. Posto che non è sufficiente fare riferimento soltanto all'attendibilità della fonte, quale espressione di una valutazione

⁸¹ Un fatto che, a ben vedere, può integrare gli estremi della fattispecie di *oltraggio a corpo giudiziario*, punita dall'art. 342 c.p. Ad essere tutelata, infatti, è la funzione che è tenuto a svolgere l'organo giudiziario, assicurando che non venga compromessa la fiducia riposta della collettività in esso.

⁸²Sul punto, PACE - PETRANGELI, *Diritto di cronaca e critica*, agg. V, 2001, in *Enc. Dir.* p. 346

⁸³Cass., sez. V, sez. VI, 19 ottobre 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 515.

⁸⁴MUSCO, *Stampa*, cit., 645 ; SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 44

⁸⁵Testualmente, *Cass. pen.*, Sez. V, 12 gennaio 1982, in *Cass. pen.* 1983 p. 1093 ss richiamata dal SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, cit.

⁸⁶ Il riferimento è a *Cass. Pen.*, Sez. Un., 18 ottobre 1984, n. 5259 *Ansaloni*, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 44 ss

soggettiva e probabilistica, ne consegue – secondo il Supremo Collegio – che non esistono fonti informative privilegiate, tali cioè da svincolare il cronista dall'onere: a) di esaminare, controllare e verificare i fatti, oggetto della sua narrazione, in funzione dell'assolvimento, da parte sua, dell'obbligo inderogabile di rispettare la verità sostanziale degli stessi; b) di dare la prova della cura da lui posta negli accertamenti espliciti per vincere ogni dubbio ed incertezza prospettabili in ordine a quella verità. A breve distanza di tempo, altre importanti precisazioni – di frequente richiamo dottrinale – sono giunte da una coeva decisione della Suprema Corte civile. Nella pronuncia⁸⁷ l'estensore afferma che il diritto di stampa, sancito in linea di principio dall'art. 21 della Cost. è legittimo quando concorrono le seguenti tre condizioni: a) utilità sociale dell'informazione; b) verità (oggettiva o anche soltanto putativa, perché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; c) forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti.

L'elaborazione giurisprudenziale successiva richiama vetuste pronunce, che possono dunque considerarsi i *leading cases in subiecta materia*.

Pertanto, il diritto di cronaca opera in presenza dei seguenti requisiti: la verità della notizia pubblicata o altrimenti trasmessa, il pubblico interesse alla conoscenza dei fatti (pertinenza) e la correttezza formale dell'esposizione (continenza)⁸⁸.

La verità soddisfa l'interesse pubblico all'informazione. Non deve trattarsi necessariamente di verità assoluta, in quanto è ammessa la verità putativa. L'errore putativo *ex art. 59*, ultimo comma c.p., potrà essere invocato quando l'agente, pur nella consapevolezza della necessità della verità oggettiva della notizia, ritenga, per errore involontario, che gli accadimenti riferiti siano veri. In tal caso il soggetto non è punibile

⁸⁷Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n.5259, Granzotti, in *Foro Italiano*, 1984, I, p. 2711 ss

⁸⁸FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 118

non perché eserciti un diritto, ma perché viene a mancare l'elemento psicologico del reato di diffamazione⁸⁹.

Il giornalista dovrà dimostrare di aver compiuto un diligente lavoro di ricerca, in modo tale da escludere possibili dubbi circa la verità sostanziale dei fatti. Questi, infatti, dovrà porre *“ogni più oculata diligenza e accortezza nella scelta delle fonti informative; esplicando ogni più attento esame in ordine all'attendibilità di quelle che, di volta in volta, vengono sottomesse alla sua attenzione, operando ogni più penetrante esame e controllo sulle notizie che, dalle stesse, vengono propalate”*.⁹⁰

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è decisamente restrittivo sul tema delle fonti privilegiate giacché *“non è possibile allegare, a riscontro dell'esercizio putativo del diritto di cronaca, l'operato erroneo di altri organi d'informazione, quale che sia la loro diffusione, e nemmeno la provenienza della notizia da fonti privilegiate d'informazione, dal momento che ciascun organo d'informazione deve verificare la fondatezza della notizia”*.⁹¹

La verità del fatto deve essere riscontrata nella sua completezza, in quanto l'omissione di determinati particolari impedisce una corretta valutazione da parte del pubblico e non permette di poter invocare l'esimente in parola.

Il secondo limite è quello della *pertinenza*. L'utilità sociale dell'informazione risiede nell'interesse pubblico alla conoscenza del fatto per la sua valenza. Questo limite si confronta con la protezione della vita privata. Il trattamento dei dati nell'esercizio dell'attività giornalistica prevede una disciplina speciale, che consente che il trattamento dei dati avvenga anche senza il consenso dell'interessato. Si esige perciò un rigoroso rispetto dei limiti del diritto di cronaca e, soprattutto, della pertinenza.

L'ultimo limite è quello *continenza*, ossia della correttezza formale dell'esposizione. Non è consentito utilizzare espressioni offensive al solo fine di porre in essere un'aggressione personale nei confronti di un individuo, svincolando l'informazione dall'interesse pubblico alla sua conoscenza.

Il diritto di cronaca si esplica anche riguardo alle vicende giudiziarie. Il principio di non colpevolezza impone di sottolineare la non definitività di notizie inerenti a procedimenti ancora in corso, proprio per non deviare l'opinione pubblica. L'esposizione

⁸⁹Cass., sez. un., 26 marzo 1983, cit.

⁹⁰Cass., sez. I, 15 marzo 1986, n. 1763 cit.

⁹¹Cass., sez. V, 23 luglio 1996, n. 7393, in Riv. pen., 1996, 1093 ss

giornalistica deve pertanto essere strettamente collegata con la fase processuale e deve impiegare una terminologia che renda chiara la posizione attuale della persona coinvolta nel processo⁹².

Nell'ambito della cronaca politica emerge il tema della responsabilità del giornalista per quelle interviste che riportino dichiarazioni diffamatorie espresse dall'intervistato. La giurisprudenza, sul punto, è caratterizzata da un'estrema incertezza e dovrà valutarsi, in relazione al rispettivo ruolo, la sussistenza o meno della scriminante derivante dall'esercizio della cronaca o della critica.

2.5. Il diritto di satira

Il diritto di satira viene ricondotta alle garanzie degli artt. 21, 9 e 33 Cost.

La satira si propone come canzonatura di personaggi, ambienti o costumi utilizzando la comicità, il paradosso e le esagerazioni. Si riferisce a fatti già noti e la deformazione satirica della realtà non avrebbe senso se il destinatario non conoscesse il fatto⁹³.

La giurisprudenza di legittimità riconosce esplicitamente l'esistenza di un "*diritto di satira, distinto da quello di cronaca e di critica, espressione artistica, come tale non soggetta agli schemi razionali della verifica critica ed ai consueti parametri di correttezza dell'espressione*", che "*al pari di ogni altra manifestazione del pensiero non può superare il limite del rispetto dei valori fondamentali della persona, esponendo al disprezzo la stessa*"⁹⁴.

Non si applicano i limiti propri della cronaca e della critica, proprio per preservare i caratteri essenziali della stessa. Tuttavia, non è esente da limitazioni ed è necessaria la notorietà del fatto, oltre che il rispetto per la persona che ne è oggetto. Non è possibile che emergano addebiti offensivi gratuiti volti a screditare la persona, invadendo la soglia minima di rispetto. Non potranno altresì, essere realizzati accostamenti sconci, ripugnanti e subdoli, la raffigurazione ironica o tendenziosa di vicende personalissime e delicate del soggetto preso di mira.

Sul punto la Suprema Corte ha affermato che, se può ritenersi in linea di principio che l'inverosimiglianza dei fatti espressi in forma satirica esclude la loro capacità di offendere

⁹² PACE - PETRANGELI, voce *Diritto di cronaca e critica*, cit. p. 348

⁹³ MANTOVANI F., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. Inf.*, 1992, p. 295 ss.

⁹⁴ Cass., Sez. V, 20 ottobre 1998, Senesi, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 369

la reputazione, e dunque che la satira è incompatibile con il metro della verità, essa non si sottragga, invece, al limite della continenza, *“poiché comunque rappresenta una forma di critica caratterizzata da particolari mezzi espressivi. Ne consegue che, come ogni altra critica, la satira non sfugge al limite della correttezza, onde non può essere invocata la scriminante ex art. 51 c.p. per le attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, gli accostamenti volgari o ripugnanti, la deformazione dell’immagine in modo da suscitare disprezzo o dileggio. Peraltro, pur dovendosi valutare meno rigorosamente le espressioni della satira sotto il profilo della continenza, non di meno la satira stessa, al pari di qualsiasi altra manifestazione del pensiero, non può infrangere il rispetto dei valori fondamentali, esponendo la persona al disprezzo e al ludibrio della sua immagine pubblica”*⁹⁵.

In questo ambito, comunque, ampi margini di discrezionalità sono rimessi al giudice nell'accertare i confini del diritto; la valutazione è esercitata in concreto in base al contesto di operatività della satira.

3. Cause speciali di non punibilità

Il codice penale prevede, oltre alle scriminanti comuni, un sistema di cause di non punibilità specifiche dei delitti contro l'onore.

Si tratta di situazioni che non escludono l'antigiuridicità del fatto ma fanno sì che la pena non sia applicabile, qualora ricorrano determinate condizioni.

Tra le cause speciali di non punibilità tipiche del reato di diffamazione trovano collocazione:

1. le offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle Autorità giudiziarie o amministrative;
2. la provocazione;
3. la prova liberatoria(c.d. *exceptio veritatis*).

⁹⁵Cass., Sez. V, 2 dicembre 1999, n.2128, Vespa, in *Dir. Inf*, 2001, 258

3.1. Le offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative

L'articolo 598 c.p., al 1° comma prevede *che*: “*Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinanzi all'Autorità giudiziaria, ovvero dinanzi a un'Autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo*”.

Si tratta della cosiddetta immunità giudiziale, caratterizzata da espressioni diffamatorie collegate in modo diretto ed immediato all'oggetto della controversia ed aventi rilevanza funzionale per le argomentazioni poste a sostegno della tesi prospettata o per l'accoglimento della domanda proposta.

La disposizione è dettata da ragioni di opportunità tese a concedere alle parti e ai loro patrocinatori una libertà di discussione e di difesa.

Occorre che le offese provengano dalle parti e dai loro patrocinatori e non vi possono rientrare i consulenti tecnici delle parti, che non sono patrocinatori in senso proprio.

È escluso dai destinatari dell'offesa il giudice.

Le offese devono essere contenute in scritti o discorsi pronunciati nei procedimenti in corso davanti ad un'autorità giudiziaria o amministrativa e devono riguardare l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo. È dunque, necessario un nesso d'inerenza tra l'offesa e oggetto del procedimento. Resteranno esclusi i legami occasionali, proprio perché il processo è il luogo in cui si manifestano rancori, denigrazione, scherno ecc.

Le manifestazioni offensive devono essere pronunciate nel corso di un processo civile, penale o amministrativo, per cui la non punibilità non opera rispetto agli atti introduttivi del giudizio e non può essere invocata al di fuori del contenzioso.

Tale esimente è considerata da alcuni come una causa di giustificazione, da altri invece quale causa di esclusione dell'antigiuridicità. Sembra più corretta la qualificazione come causa di non punibilità in senso stretto o di mera esenzione da pena per il seguente ordine di ragioni: il giudice può ordinare provvedimenti disciplinari a carico delle parti immuni e la cancellazione o la soppressione degli scritti offensivi; è previsto un risarcimento del danno non patrimoniale in favore dell'offeso; viene utilizzato un linguaggio che non è tipico delle cause di giustificazione come “offese”, “scritture offensive” ed infine con la

cancellazione o la soppressione delle scritture si arrecherebbe un *vulnus* alla materia processuale ed ai diritti della parte⁹⁶.

Il momento a partire dal quale viene ritenuta operativa la tutela di cui all'art. 598 c.p. è quello di inizio del procedimento giurisdizionale. Si pone dunque il problema circa l'applicabilità dell'esimente in questione alle offese contenute in un atto di citazione, atto che interviene prima che si sia instaurato un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria.

Un risalente orientamento riteneva inapplicabile l'esimente in relazione a tale atto. La Corte Costituzionale si era espressa in questo senso proprio perché l'ambito di applicabilità dell'esimente risiede nel dibattito giudiziario, in cui vi è una contrapposizione dialettica delle due parti e ciò viene meno per un atto redatto prima dell'instaurazione del contraddittorio⁹⁷.

Successivamente si è affermato un orientamento di senso opposto che, in tema di diffamazione, riteneva l'esimente di cui all'art. 598 c.p. una *“applicazione estensiva del più generale principio posto dall'art. 51 c.p., applicabile anche alle offese contenute nell'atto di citazione, benché esso sia destinato ad essere notificato prima della costituzione delle parti e, quindi, prima della instaurazione del procedimento; ciò in quanto tutti gli atti funzionali all'esercizio del diritto di difesa, anche se precedenti l'apertura del procedimento, devono esser ricondotti al principio della immunità giudiziale”*.⁹⁸

Ulteriore questione problematica concerne l'operatività della scriminante per l'avvocato difensore che offenda il giudice o il pubblico ministero nell'ambito di atti rientranti nell'esercizio del proprio mandato difensivo. La ipotesi di non punibilità contemplata dalla norma in parola tende a salvaguardare esclusivamente la libertà di discussione delle parti; invece il legislatore sembra aver approntato una particolare tutela dell'onore del corpo giudiziario attraverso il delitto di *oltraggio a magistrato in udienza ex art. 343 c.p.* Al di fuori delle ipotesi di operatività della esimente, il comportamento del difensore potrà essere punito ai sensi della disposizione da ultimo citata.

⁹⁶ Per approfondimenti si rinvia alla manualistica v. FIANDACA G. MUSCO E, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 118 ss.

⁹⁷ *Corte Cost.*, 26 luglio 1988, n.898

⁹⁸ In questo senso *Cass. Pen.*, Sez. V, 21 febbraio 2002, n. 7000 richiamata da PEZZELLA, *La diffamazione*, cit.

3.2. La provocazione

Il secondo comma dell'art. 599 c.p. esclude la punibilità per colui che abbia commesso il reato di diffamazione *“nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso”*.

Molto controversa è la natura della provocazione. Tuttavia si predilige quell'orientamento che configura la stessa come causa speciale di esclusione della colpevolezza *“perché indubbiamente la ratio dell'istituto poggia in prevalenza sulla situazione emotiva peculiare che il soggetto provocato vive, quindi su profili squisitamente soggettivi. L'ingiuria o la diffamazione del provocato paiono fatti non rimproverabili, piuttosto che non punibili per ragioni di convenienza pratica, o non anti-giuridici a seguito di un bilanciamento oggettivo di interessi.”*⁹⁹.

Anche la circostanza attenuante comune prevista dall'art. 62 c.p., al n. 2 si riferisce alla provocazione *“l'aver reagito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui”* ma può ravvisarsi anche quando la reazione iraconda non segua immediatamente il fatto ingiusto, a distanza di tempo, in occasione di un episodio scatenante.

La *ratio* della disposizione è riscontrabile nella *“valorizzazione normativa di quel particolare stato di forte tensione emotiva che insorge nella persona che subisce un'ingiustizia. L'ordinamento giuridico, in altri termini, tende a ritenere scusabile il comportamento ingiurioso o diffamatorio che esprime la reazione di colui che si sente vittima di un comportamento altrui ingiusto”*¹⁰⁰.

Affinché possa configurarsi la causa di esclusione della pena, sono necessari tre requisiti: il fatto ingiusto altrui, lo stato d'ira e l'immediatezza della reazione lesiva dell'onore.

Il *fatto ingiusto* altrui è un comportamento obiettivamente contrario ai principi dell'ordinamento e alle regole sociali del vivere civile. Soltanto le scorrettezze gravi e plateali integrano un comportamento contrario alle regole della convivenza civile e non qualsiasi condotta posta in essere dall'agente. L'ingiustizia deve avere un carattere obiettivo, tale per cui non rileveranno le convinzioni dell'imputato circa l'offesa e la sua sensibilità personale.

⁹⁹SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, cit. p. 45

¹⁰⁰FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 114

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come possa determinare il fatto ingiusto “*anche un fatto omissivo, quale il silenzio, ove si concreti nella frustrazione di un’aspettativa che la coscienza etica della collettività riconosce degna di considerazione, in quanto attiene al normale svolgimento dei rapporti sociali*”¹⁰¹. La reazione iracunda deve verificarsi subito dopo il fatto ingiusto. L'*immediatezza* non deve essere intesa in senso assoluto, bensì in senso relativo, tenendo conto del momento in cui si riceve la notizia del fatto ingiusto altrui e della possibilità pratica di reazione¹⁰².

Non è necessario un rapporto di proporzione tra fatto ingiusto e reazione, ma è sufficiente un mero legame di tipo causale che si svolge in uno spazio temporale non eccessivamente ampio, perché, altrimenti, si rischierebbe di trasformare in stato d'ira altri sentimenti quali il rancore o il bisogno di vendetta ecc.¹⁰³ Non vi deve essere perciò un rapporto di mera occasionalità tra l'offesa e la reazione e deve riscontrarsi un'adeguatezza tra l'una e l'altra condotta. Le offese devono essere reciproche ovvero tra loro deve sussistere un rapporto di dipendenza.

È pacifica la rilevanza della provocazione putativa e cioè dell'errore sull'ingiustizia del fatto che dà origine alla reazione iracunda da parte del provocato. Chi la considera una scriminante invoca l'applicabilità dell'art. 59 c.p., come circostanza non conosciuta o erroneamente supposta, qualora ricorra una ragionevole, anche se erronea, opinione dell'illiceità del fatto altrui, ma in tal caso si richiede che l'errore sia plausibile, ragionevole e logicamente apprezzabile. Chi la considera invece una scusante ricorre alla mancanza del dolo. Quest'ultimo punto di vista appare più plausibile perché in sintonia con la *ratio* giustificatrice dell'esclusione della pena.

3.3. La prova liberatoria

L'articolo 596 c.p. prevede che : “*Il colpevole del delitto previsto dall'articolo precedente non è ammesso a provare, a sua discolpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa.*”

Si tratta della c.d. *exceptio veritatis*, cioè della possibilità di provare la verità del fatto che esclude la punibilità dell'autore per la dichiarazione ritenuta lesiva dell'onore.

¹⁰¹ Cass., Sez. V, 4 maggio 1994, n.5158

¹⁰² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 225

¹⁰³ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit. p. 115

È necessario che l'offesa consista in un fatto determinato. La dottrina si è diversamente espressa in merito al fatto determinato, dovendo per alcuni essere determinato nelle sue specificazioni di tempo, spazio e modalità così da essere irripetibile, mentre altri ritengono sufficiente che il fatto non sia connotato da vaghezza o estrema genericità.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la prova della verità del fatto medesimo è sempre ammessa nel procedimento penale:

1. se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si riferisce all'esercizio delle sue funzioni;
2. se per il fatto attribuito alla persona offesa è tuttora aperto o si inizia contro di essa un procedimento penale;
3. se il querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito.

Avendo riguardo della prima ipotesi offensiva, non vi rientrano i fatti di vita privata del pubblico ufficiale, poiché l'addebito si riferisce esclusivamente all'esercizio delle sue funzioni. La prova liberatoria è ammessa anche quando il pubblico ufficiale abbia cessato le sue funzioni.

Con riferimento alla seconda ipotesi, non è richiesto che debba trattarsi di procedimento già aperto nel momento in cui viene posta in essere la condotta diffamatoria.

Infine, il querelante può concedere la facoltà di prova ma la richiesta una volta fatta diviene irretrattabile. Se la verità è provata o se una persona viene condannata dopo l'attribuzione del fatto risultato vero, non sarà punibile a meno che i modi usati non costituiscano di per sé ingiuria o diffamazione.

La natura giuridica di tali esimenti è controversa, in quanto si ritiene che si tratti di vere e proprie cause di giustificazione, mentre secondo altri, invece, sono cause di non punibilità. Infine un altro orientamento le considera in parte causa di giustificazione ed in parte una causa di non punibilità.

Autorevole dottrina ritiene che nelle prime due ipotesi si tratta di una vera e propria causa di giustificazione che trova la sua *ratio* nell'interesse pubblico, mentre nella terza ipotesi è riscontrabile una forma speciale di remissione sottoposta alla condizione sospensiva del raggiungimento della prova, che opera come causa estintiva della punibilità. Pertanto, la supposizione della verità dell'addebito in tale ultimo caso può

soltanto essere considerata dal giudice sotto il profilo della commisurazione della pena, mentre nelle altre ipotesi si produce l'effetto scriminante *ex art.59 c.p.*¹⁰⁴

Quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la persona offesa e l'offensore possono, d'accordo, prima che sia pronunciata sentenza irrevocabile, deferire ad un giuri d'onore il giudizio sulla verità del fatto medesimo.

4. Profili sanzionatori e prospettive di riforma

Dopo aver passato in rassegna gli elementi costitutivi della fattispecie di diffamazione, è bene ora rivolgere la nostra attenzione sui profili più strettamente sanzionatori; si esaminerà anzitutto la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo in alcune recenti, e celebri, vicende giudiziarie. Di seguito si ripercorrerà, in sintesi, lo scenario futuribile *de iure condendo*.

Quanto al primo tema, è di recente memoria il caso *Sallusti* che ha portato alla diffusione, presso l'opinione pubblica, dello slogan “*niente più carcere per i giornalisti*”, a salvaguardia del ruolo che ha alla stampa è affidato in una nazione democratica.

Si porrà poi la questione della sostenibilità, nell'attuale contesto normativo, della pena detentiva per fatti di diffamazione, nonché della necessità di aggiornare la fattispecie alla luce del progresso tecnologico e delle più attuali forme di manifestazione criminosa.

La riforma del delitto in parola è auspicata, in dottrina, da lungo tempo. Come accennato in premessa, si sono succeduti vari disegni di riforma di legge, tra cui si segnala oggi il Testo unificato n. 925-B, il cui *iter*, paralizzatosi, per anni, sembra aver oggi ripreso il suo corso in commissione Giustizia del Senato della Repubblica.

4.1. Giurisprudenza europea e proporzione del trattamento sanzionatorio: casi *Sallusti, Belpietro e Ricci*

L'art. 10 della CEDU è alla base dell'intervento del sindacato della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di proporzionalità del trattamento nelle ipotesi di diffamazione¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 229

¹⁰⁵ L'articolo dispone che “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di

Nella pronuncia relativa al caso *Perna c. Italia*¹⁰⁶, la Corte EDU ha concluso per la non violazione dell'art. 10 in relazione alla condanna per la parte dell'articolo in cui si attribuiva al Procuratore Caselli una strategia di conquista del potere e comportamenti volti ad accusare falsamente i propri presunti avversari politici. A tale conclusioni i giudici europei sono pervenuti in base all'assunto che, se da un lato i giudizi di valore espressi dall'autore non necessitano di prova, dall'altro l'attribuzione di fatti determinati diffamatori – quali comportamenti contrari ai doveri deontologici – può giustificarsi solo ove il giornalista fornisca, quantomeno, degli elementi idonei a farne ritenere plausibile la sussistenza. Ciò ad avviso dei giudici europei non era accaduto nel caso in esame e pertanto la condanna, in sede penale al pagamento di una multa di modesto ammontare ed al risarcimento dei danni subiti dalla parte civile non si poneva in contrasto con l'art. 10 della Convenzione.

La giurisprudenza della Corte è animata dalla preoccupazione di attuare un bilanciamento degli interessi meritevoli di tutela, affermando il ruolo essenziale della libertà di espressione in una società democratica, che si esplica attraverso la libertà di stampa. La stampa è definita – con metafora assai pregevole – il "*cane da guardia della democrazia*". Tuttavia, essa non è esente da limitazioni, dovendosi esigere il rispetto dei criteri di verità, pertinenza e continenza, proprio dei diritti di cronaca e di critica.

Le sanzioni adottate nei confronti delle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa devono essere proporzionate e devono colpire quelle affermazioni che effettivamente abbiano superato i limiti suddetti, in quanto le eccezioni alla libertà di espressione richiedono un'interpretazione rigorosamente restrittiva.

La proporzione della pena, secondo la Corte, assurge a criterio di valutazione della scelta incriminatrice compiuta dal legislatore. La previsione di sanzioni eccessivamente incisive può dissuadere i giornalisti dal loro compito e minare l'esistenza della democrazia stessa.

Più di recente, si sono registrati alcuni interventi della Corte europea in ambito di

televisione. 2. L'esercizio di questa libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

¹⁰⁶ Corte EDU, Sent. 06 maggio 2003, Ric. n° 48898/99 in Cass. Pen., 2003, 1049, 3562; Guida Dir., 2001, 31, 86

diffamazione a mezzo stampa, che hanno fornito linfa vitale al dibattito sulla necessaria riforma della fattispecie che ci occupa. Si tratta dei casi *Sallusti, Belpietro e Ricci*.

Per quanto riguarda il primo, i fatti a fondamento della vicenda giudiziaria sono ben noti¹⁰⁷.

L'entità della condanna inflitta, e il mancato riconoscimento della sospensione condizionale della pena suscitarono dure reazioni da parte dei giornalisti, aprendo nell'opinione pubblica un aspro dibattito sugli "ingiusti" rischi penali cui sono esposti i giornalisti. Nelle motivazioni della sentenza¹⁰⁸, depositate il 23 ottobre 2012 i giudici di legittimità, richiamando la giurisprudenza della Corte europea, affermavano che il carcere per la diffamazione rientra tra le "ipotesi eccezionali" ma legittime nei casi di "condotte lesive di diritti fondamentali". Ad essere richiamato è il precedente del caso Perna, il quale, pur confermando l'importanza del ruolo della stampa all'interno della società, ha enunciato che la stessa non può, impunemente, portare a illegittime compressioni dei diritti di libertà di ciascuno.

Uno degli snodi fondamentali del caso è costituito dall'affermazione della responsabilità del direttore responsabile per diffamazione diretta e non per omesso controllo a fronte di uno scritto non attribuibile alla paternità di alcuno, poiché si trattava di una firma con uno pseudonimo. Se fosse emerso il nome dell'autore, si sarebbe dovuta valutare la sussistenza del concorso di persone nel reato ovvero la responsabilità del direttore per omesso controllo.

Il 21 dicembre 2012 il Presidente della Repubblica concesse la commutazione della pena detentiva ancora da espriare nella corrispondente pena pecuniaria, in considerazione dell'intervenuta rettifica e la pubblicazione delle dichiarazioni della vittima della diffamazione. Con il provvedimento di commutazione della pena detentiva, il Presidente

¹⁰⁷ Il giornalista Alessandro Sallusti, venne condannato dalla Corte d'Appello di Milano a un anno e due mesi di reclusione e a 5000 euro di multa, senza possibilità di sospensione della pena, per diffamazione aggravata ex art. 13 legge stampa, per un articolo firmato attraverso uno pseudonimo e per omesso controllo sulla pubblicazione ex art. 57 c.p.

La vicenda riguardava una minorenne che il tribunale di Torino aveva autorizzato ad abortire ma che poi era finita in una clinica psichiatrica per le conseguenze della vicenda. La notizia si era rivelata consapevolmente falsa, in quanto il giudice si era limitato ad autorizzare la ragazza ad abortire nel rispetto della procedura della l. 178/1994, dopo averne accertato la volontà in tal senso e il desiderio di non informarne il padre. Il giudice tutelare sporse immediatamente querela e poichè l'autore non era riconoscibile a causa dello pseudonimo utilizzato per firmare l'articolo, la responsabilità ricadde interamente sul direttore Alessandro Sallusti.

¹⁰⁸ *Cass., pen., sez. V, 26 settembre 2012 (dep. 23 ottobre 2012), n. 41249, Pres. Grassi, Est. Bevere, imp. Sallusti e Monticone in Dir. Pen. Cont., 24 ottobre 2012, con nota di VIGANÒ F., Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti.*

della Repubblica comunicò di avere inteso *ovviare* “a una contingente situazione di evidente delicatezza, anche nell’intento di sollecitare, nelle istituzioni e nella società, una riflessione sull’esigenza di pervenire a una disciplina più equilibrata ed efficace dei reati di diffamazione a mezzo stampa”¹⁰⁹.

La libertà di espressione e la proporzionalità del trattamento emergono anche dal caso *Belpietro c. Italia*. La Corte EDU ha censurato il *quantum* della reazione punitiva della Stato nei confronti del direttore del giornale¹¹⁰. La Corte Europea ha rilevato una violazione dell’art. 10 CEDU, poiché la pena detentiva nei confronti di un giornalista per ipotesi di diffamazione non può mai trovare giustificazione, se non nel caso in cui intervenga una lesione di altri diritti fondamentali. La Corte ribadisce che la pena presenta un effetto deterrente notevole della funzione sociale esercitata dalla stampa. Il principio enunciato è perciò quello dell’incompatibilità dell’irrogazione di una pena detentiva nei confronti di un giornalista, responsabile del reato di diffamazione, a fronte di una compressione solo eventuale, e non effettiva dell’altrui diritto all’onore.

Nel caso *Ricci c. Italia*¹¹¹, l’ideatore del programma “Striscia la notizia” viene condannato per illecita divulgazione di immagini riservate dell’emittente pubblica RAI.

Anche in questo caso il condannato ricorre alla Corte Europea dei diritti dell’uomo, che riscontra una violazione dell’art.10 della Convenzione. Nella sentenza l’estensore rammenta come gli Stati contraenti debbano disciplinare l’esercizio della libertà di espressione in modo tale da garantire un’adeguata protezione della reputazione degli individui, evitando di adottare misure che possano dissuadere i media dallo svolgere il loro ruolo di allerta del pubblico in caso di abuso apparente o presunto del potere pubblico. I giornalisti investigativi, infatti, rischiano di essere reticenti ad esprimersi su

¹⁰⁹ Lo ricorda PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 660

¹¹⁰ *Cass. Pen. Sez. V, 8 aprile 2010, n. 13198, Belpietro ed altro*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3, 3, 1005; in *CED Cass.* n. 246903. Il giornalista, dopo essere stato assolto in primo grado, proprio per il riconoscimento del diritto di critica, viene condannato successivamente in fase di appello per aver apportato un’aggressione gratuita all’altrui sfera morale. Il direttore viene condannato altresì per omesso controllo ex art. 57 c.p. La condanna verrà poi confermata dalla Corte di Cassazione.

¹¹¹ *Corte Europea dei diritti dell’uomo, Sez. II, sent. 8 ottobre 2013, Ricci c. Italia, ric. n. 30210/06*, disponibile su www.duitbase.it; e su www.archiviopenale.it. Il produttore è stato assolto in primo grado riguardo all’accusa di intercettazione di comunicazioni ma viene condannato alla reclusione per illecita divulgazione di comunicazioni riservate. Non viene perciò riconosciuta la natura esimente dei diritti di cronaca, critica e satira. La condanna trova parziale conferma in secondo grado. Viene proposto ricorso in Cassazione, e la sentenza viene annullata per intervenuta prescrizione del reato. La Cassazione però chiarisce, ex art. 129 c.p.p., l’inapplicabilità dei diritti di cronaca e di critica nel caso in esame proprio perchè si tratta di un’ipotesi di divulgazione di informazioni confidenziali e non del reato di diffamazione.

questioni che presentano un interesse generale se corrono il pericolo di essere condannati, quando la legislazione prevede sanzioni, per gli attacchi ingiustificati contro la reputazione, a pene detentive o all'interdizione dall'esercizio della professione.

4.2. I progetti di riforma

Il 17 ottobre 2013 la Camera dei Deputati ha approvato in prima lettura il disegno di legge n. C 925¹¹², c.d. *d.d.l. Costa* recante "*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante*".

Il disegno di legge, nella formulazione originaria, prevedeva pene pecuniarie al posto delle pene detentive per i giornalisti in caso di diffamazione, la pena della pubblicazione della sentenza in caso di condanna, l'interdizione da uno a sei mesi dalla professione in caso di recidiva ed infine la rettifica come causa di non punibilità. Per la rettifica non era prevista alcuna possibilità di replica da parte della testata nei confronti della persona offesa.

Inoltre – profilo questo da porre in rilievo – la disciplina sulla stampa veniva estesa anche alle testate registrate *on-line*.

La proposta riconosceva al direttore responsabile la delega di funzioni di controllo, da conferire con atto scritto ad uno o più giornalisti idonei a svolgere le funzioni di vigilanza¹¹³. In caso di offese all'altrui reputazione commesse tra privati veniva esclusa la pena detentiva, aumentando la pena pecuniaria fino a diecimila euro e applicandola anche alla diffamazione telematica. La pena pecuniaria risultava aggravata in caso di attribuzione di un fatto determinato, abrogando l'ipotesi dell'offesa a un corpo politico,

¹¹² Il Disegno di legge in parola (AS1119-B; AC 925-B) è stato approvato con emendamenti dalla Camera dei Deputati il 24 giugno 2015; lo scorso 16 maggio 2017 è iniziato il lavoro in commissione al Senato della Repubblica. Per approfondimenti sull'iter legislativo di rinvia alla documentazione disponibile sul portale istituzionale all'indirizzo: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/42309.htm>
Per un commento si segnala il pregevolissimo contributo di GULLO A., *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato alla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.* 2016, 1, p. 31 ss

¹¹³ Secondo l'articolato iniziale il direttore, fuori dai casi di concorso, verrebbe ad incorrere in responsabilità penale in caso di violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione. La quantificazione del danno sarebbe stata valutata dal giudice in base dalla diffusione della testata, dalla gravità dell'offesa e dall'effetto riparatorio della rettifica, con la possibilità di esercitare l'azione civile entro 2 anni dalla pubblicazione.

amministrativo o giudiziario.

Dopo un anno, il Senato ha approvato il testo apportando delle modifiche, rinviandolo alla Camera. Spiccavano le modifiche in tema di querele temerarie, di non punibilità¹¹⁴, disciplina dei diritti della persona offesa circa la cancellazione di contenuti diffamatori caricati sui siti Internet (con relativo potere di rivolgersi al giudice in caso di rifiuto). L'interdizione dalla professione veniva prevista solo nei casi di recidiva reiterata. In questa travagliato *iter*, intervengono anche raccomandazioni da parte del Consiglio d'Europa sollecitando il parlamento al rispetto del requisito della proporzionalità del trattamento sanzionatorio, tenendo conto delle condizioni economiche del giornalista e prevedendo un esplicito richiamo nel reato di diffamazione dei criteri di verità, pertinenza e responsabilità del giornalista.

La preminenza delle sanzioni pecuniarie nell'organico della prospettata riforma ha generato comunque un'aspra ondata di critiche da parte della classe giornalistica, che vedeva nella proposta di riforma una "*legge bavaglio*", oppressiva della libertà di stampa.

In particolar modo, l'opposizione verteva sulla previsione di pene pecuniarie gravose, il diritto di rettifica senza possibilità di replica da parte della testata e il riconoscimento del diritto all'oblio per la vittima del reato.

Il 24 giugno 2015, la Camera dei Deputati, in terza lettura, ha approvato il *d.d.l. Costa* apportando ulteriori modifiche, in esito alla contrarietà dell'ordine dei giornalisti rispetto al testo approvato in Senato¹¹⁵. Per cui, espunto il diritto all'oblio a tutela del soggetto diffamato, ripristinato il minimo di pena pecuniaria, inasprita la sanzione per le querele temerarie, esclusi i blog dall'applicabilità della legge, la "palla" è tornata al Senato.

In seguito vi è stata un'unica riunione della Commissione Giustizia del Senato, il 9 settembre 2015. Più di recente i lavori in commissione sono ripresi in sede referente lo scorso 16 maggio 2017; il che lascia sperare in una prossima presa di posizione, si spera definitiva, da parte del legislatore.

Allo stato attuale, tuttavia, piace ricordare le metafore dell'autorevole dottrina che ha studiato il tortuoso iter legislativo, paragonandolo al mito della tela di Penelope. "*La trama è stata più volte sul punto di giungere al compimento; ma immancabilmente, nei diversi passaggi parlamentari si sono aggiunti nuovi fili o si è rimesso in discussione il*

¹¹⁴ La rettifica sarebbe intervenuta come causa di non punibilità non solo per il direttore, ma anche per il soggetto agente, con la pubblicazione della stessa entro due giorni dalla ricezione della richiesta.

¹¹⁵ Sul punto, per approfondimenti GULLO, *La tela di Penelope*, cit. p. 36

disegno originario, con il risultato che la fine della legislatura ha posto nel nulla il lavoro svolto e ridato a tutti gli attori appuntamento alla volta successiva"¹¹⁶.

Ancora più di recente è stato presentato il D.D.L. n.2688 del 2017, D.D.L. c.d. *Gambaro*, che si propone di operare un contemperamento tra la libera manifestazione del pensiero e la responsabilizzazione della rete.

L'idea di fondo che anima la suddetta proposta legislativa è che sia necessario intervenire sull'aspetto culturale, facendo sì che gli utenti possano maturare una capacità critica tale da rendere evidente il *discrimen* tra ciò che è lecito e ciò che è illecito.

Tra gli aspetti di maggior rilievo, il disegno di legge si propone di modificare il regime di responsabilità dell'*Internet Service Provider* (della quale ci occuperemo *infra*, *Cap. II*, § 3.2). L'art. 7 ricorre allo strumento penale per sancire la responsabilità dei gestori delle piattaforme informatiche in caso di pubblicazione o diffusione di notizie non attendibili o non veritiere.¹¹⁷

La nuova fattispecie incriminatrice intende introdurre in capo ai *provider* un obbligo di monitoraggio dei contenuti diffusi attraverso le piattaforme in rete e qualora vengano rintracciati contenuti inattendibili, saranno tenuti alla rimozione degli stessi dalla piattaforma.

I gestori delle piattaforme nella loro azione di monitoraggio dovranno avvalersi delle segnalazioni effettuate dagli utenti. In caso di inottemperanza dell'obbligo di monitoraggio, il provider sarà punito con l'ammenda fino a 5.000 euro.

La nuova disposizione si pone in contrasto con l'orientamento raggiunto in dottrina e giurisprudenza relativamente all'inesigibilità di un obbligo di controllo in capo al *provider*, in virtù degli innumerevoli contenuti immessi in rete, della possibilità di modifica degli stessi in tempo reale da parte degli utenti e del rischio di limitare la libera

¹¹⁶GULLO A., *La tela di Penelope*, cit. p. 50

¹¹⁷ D.D.L. n. 2688, 7 febbraio 2017, S.2688, recante *Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica*, Art. 7. (Disposizioni concernenti la responsabilità dei gestori delle piattaforme informatiche in caso di pubblicazione o diffusione di notizie non attendibili o non veritiere): "1. I gestori delle piattaforme informatiche sono tenuti ad effettuare un costante monitoraggio dei contenuti diffusi attraverso le stesse, con particolare riguardo ai contenuti verso i quali gli utenti manifestano un'attenzione diffusa e improvvisa, per valutarne l'attendibilità e la veridicità. 2. Quando i gestori rintracciano un contenuto di cui al comma 1 e ne stabiliscono la non attendibilità sono tenuti alla rimozione dello stesso dalla piattaforma. 3. Nel caso in cui i gestori non rimuovano tali contenuti sono soggetti alla sanzione di cui all'articolo 656-bis del codice penale, introdotto dall'articolo 1 della presente legge. 4. I soggetti di cui al comma 1, nella loro azione di monitoraggio, devono avvalersi anche delle segnalazioni degli utenti effettuate attraverso appositi strumenti accessibili dalla piattaforma medesima".

manifestazione del pensiero compromettendo la funzione stessa di Internet. Inoltre, emerge un obbligo di rimozione, penalmente sanzionato, privo di una posizione di garanzia espressamente codificata. Infine, si rileva come venga demandato ai gestori il compito di censurare le violazioni attraverso valutazioni che investano l'attendibilità e la veridicità dei contenuti diffusi, pur non ravvisandosi in capo ad essi specifiche competenze atte a questo scopo.

Appare condivisibile l'orientamento che ritiene il disegno di legge metodologicamente inadeguato. *“L'equità sottesa al governo della comunicazione digitale e quindi del contesto sociale da cui dipende il sapere non potrebbe infatti beneficiare di un uso abnorme dello stigma penale, rimanendo invece certo preferibile che possa trovare il proprio fondamento in una rinnovata spinta verso forme di condivisione (innanzitutto) endogene allo stesso sistema e quindi riconosciute come vincolanti non in ragione di un censurabile (e quindi mal sicuro) divieto penalmente sanzionato, ma perché vissute come eque da tutti i membri della comunità: un'operazione la cui essenza si riconferma dunque di natura culturale”*.¹¹⁸

5. Ingiuria e diffamazione a confronto: la questione dei punitive damages

Il decreto legislativo del 15 gennaio 2016, n. 7 recante *“Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67.”* (GU n.17 del 22-1-2016) prevede l'abrogazione del reato di ingiuria.

Così la difesa dell'onore, bene giuridico tutelato dall'art. 594 c.p., è oggi affidata alle sole sanzioni civili.

In particolare si assiste all'abbandono della sanzione penale, surrogata dalla possibilità per la persona offesa di ricorrere al giudice civile per il risarcimento del danno che, ove accordato, potrà essere accompagnato dall'irrogazione di una sanzione pecuniaria da 100 a 8.000 euro, pagabile anche a rate, che sarà incassata dall'erario.

La *ratio* di questo intervento normativo è rinvenibile in un'ottica deflattiva del contenzioso penale: l'abrogazione di talune ipotesi di reato bagatellari e l'introduzione di sanzioni pecuniarie civili sono previsti dal legislatore a garanzia dell'effettività di tutela

¹¹⁸ ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider “attivo”*, in Archivio Penale 2017 n.2, p.21

per tutti gli illeciti di minore gravità che rischiano di restare impuniti a causa dell'eccessivo carico di affari penali.

La previsione di maggior rilievo è rappresentata dall'articolo 3 del citato decreto: *“I fatti previsti dall'articolo seguente, se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita. Si osserva la disposizione di cui all'articolo 2947, primo comma, del codice civile”*.

Il giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno, applicherà le sanzioni civili in seguito all'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da parte della persona offesa. Dunque, oltre all'obbligo del risarcimento del danno, sono previste delle sanzioni pecuniarie civili. Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno è di cinque anni e decorre dal giorno in cui il fatto si è verificato.

L'articolo 4, comma 1, lettera a, stabilisce che soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila *“chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa”*.

Se si tratta di offese reciproche, il giudice può non applicare la sanzione pecuniaria civile ad uno o ad entrambi gli offensori, mentre nel caso in cui la condotta criminosa sia stata posta in essere in uno stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso, il soggetto agente non sarà sanzionabile.

Nel caso in cui l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato o sia commessa in presenza di più persone, chi commette il fatto sarà punito con la sanzione pecuniaria civile da euro duecento a euro dodicimila. Il giudice nell'irrogare le sanzioni pecuniarie dovrà valutare la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del soggetto responsabile, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, la personalità dello stesso nonché le sue condizioni economiche. Nel caso di concorso di persone, ciascuna soggiacerà alla sanzione pecuniaria civile.

I termini e le modalità di pagamento della sanzione, nonché le forme per la riscossione dell'importo dovuto sono stabiliti con Decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il giudice può disporre, in relazione alle condizioni economiche del condannato, che il pagamento della sanzione pecuniaria civile sia effettuato in rate mensili. Il

condannato può estinguere la sanzione civile pecuniaria in ogni momento, mediante un unico pagamento. L'obbligo di pagare la sanzione pecuniaria civile non si trasmette agli eredi. Il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende.

Infine, le disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili del citato decreto si applicano anche ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore dello stesso, salvo che il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili.

Il legislatore ripone maggiore fiducia nel fatto che il giudice civile sappia garantire un'effettiva tutela alle ipotesi di reato abrogate dal D. Lgs. n. 7/2016, ma le garanzie per il cittadino sono ben diverse rispetto a quelle previste in ambito penale: l'azione civile risulta maggiormente onerosa per la persona offesa che sarà altresì gravata dell'onere probatorio in giudizio. Per cui, è necessario che sia la persona offesa, sia l'autore della condotta criminosa versino in condizioni economiche tali da poter far fronte, rispettivamente, alle spese processuali e al pagamento delle sanzioni pecuniarie civili.

Inoltre, non essendo previsto in sede civile il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che impone al pubblico ministero di valutare la fondatezza di ciascuna notizia di reato e di compiere le indagini necessarie per decidere se occorre formulare l'imputazione o chiedere l'archiviazione, l'onere probatorio graverà sulla vittima dell'illecito.

Da un'attenta analisi del decreto emerge la questione della natura della sanzione pecuniaria civile, prevista come sanzione accessoria rispetto al risarcimento del danno. Ci si domanda dunque, se essa assolva solo ad una funzione risarcitoria o anche afflittiva e deterrente, rimandando ai *punitive damages* tipici dei sistemi di *common law*.

Il sistema di *common law*, modellato su base “esemplare”, la sanzione assolve una funzione deterrente non solo nei confronti del condannato ma anche verso tutti i consociati e dovrà fungere da pieno risarcimento.

Alla cultura anglosassone dei *punitive damages*, si affianca l'esperienza americana, divenuta anch'essa veicolo di diffusione dell'istituto. La *common law* americana¹¹⁹

¹¹⁹ Nel diritto americano dopo la sentenza *New York Times Co. v. Sullivan* si assiste ad una svolta in materia

viene spesso presa in considerazione come “modello” dai giuristi di tutto il mondo, in particolare, con riferimento al tema che ci occupa, l’esperienza statunitense ha “soppiantato” – per così dire – il dibattito europeo sui *punitive damages*.

Il sincretismo tra ordinamenti giuridici si realizza, talvolta, anche a causa della necessità del reciproco riconoscimento delle pronunce giurisdizionali.

Così, la *Cour de Cassation française* ha ammesso l'applicazione dei danni punitivi nell'ordinamento francese, attraverso la delibazione di una sentenza nordamericana che prevedeva la liquidazione dei *punitive damages* in aggiunta a quelli compensativi, enucleandone la compatibilità rispetto al principio di ordine pubblico internazionale.¹²⁰

L'ordinamento giuridico italiano, invece, ha fortemente ostacolato l'applicazione dei danni punitivi, in virtù della funzione prettamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile.

Non vi può essere una commistione fra ambito civile e penale nel trattamento sanzionatorio, giacché la caratteristica dell'afflittività è propria della sola sanzione penale, prevista come *extrema ratio*.

Sul punto il Supremo Collegio si è espresso per la prima volta nel 2007 riguardo alla

di diffamazione rispetto ai parametri tipici del sistema di *common law*.

Il giornale viene condannato al pagamento di una considerevole somma di denaro a titolo di risarcimento esemplare del danno nei confronti di un pubblico ufficiale. Si punta, così, ad un affievolimento di tutela nei confronti dei pubblici ufficiali attraverso la previsione di un illecito non più colposo, bensì doloso e l'obiettivo perseguito è quello di garantire una maggiore tutela alla libertà di stampa limitando la concessione di risarcimenti esemplari volti a penalizzare severamente le aziende editoriali per le ipotesi di diffamazione. La condanna al risarcimento del danno esemplare può avere un effetto deterrente e afflittivo di gran lunga superiore rispetto ad una incriminazione penale e rischia di inibire notevolmente la libera manifestazione del pensiero.

Successivamente, con la sentenza *Gertz v. Welch* si assiste alla regolamentazione organica della materia, prevedendo che gli Stati stabiliscano dei criteri appropriati di responsabilità non colposa in capo a coloro che diffondono notizie false.

Deve essere assicurato il diritto di libertà di parola e di stampa e anche se per i privati cittadini sono sufficienti prove meno stringenti rispetto ai pubblici ufficiali, il risarcimento esemplare non può essere comminato in assenza della fondatezza della prova circa la consapevolezza della falsità o di una negligenza nel riportare il vero. Il pubblico ufficiale dovrà dimostrare il dolo del convenuto per poter chiedere il risarcimento dei danni e quello esemplare; per il privato cittadino invece è sufficiente dimostrare la colpa in giudizio.

La *common law* dunque, regola la diffamazione fra privati attraverso la previsione di un illecito colposo, mentre la normativa costituzionale si occupa della diffamazione mediante un mezzo di comunicazione di massa a seconda del soggetto passivo a cui si riferisce.

¹²⁰ *Cour de Cassation française*, sentenza n.1090/2010, consultabile *on line* all'indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1090_1_18234.html.

possibilità di dare ingresso ad una finalità punitiva della responsabilità civile¹²¹.

Il caso riguardava una richiesta di delibazione di una sentenza della corte distrettuale della contea di Jefferson (Alabama, Stati Uniti) che aveva condannato una società al pagamento di un'ingente somma a titolo di risarcimento del danno per la morte del figlio della ricorrente, a seguito di un incidente stradale in cui aveva perduto il casco protettivo per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, prodotta dalla società stessa.

La domanda è stata respinta dalla Corte d'Appello di Venezia, ritenendola una condanna a danno punitivo contrastante con il principio di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano. È stato perciò proposto ricorso in Cassazione ed i giudici di legittimità hanno stabilito che nell'ipotesi di danno morale la finalità perseguita è quella reintegrativa, ponendo l'accento sulla sfera del danneggiato, mentre nel caso dei *punitive damages* non può riscontrarsi alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito.

La sentenza è stata ritenuta non delibabile per contrarietà all'ordine pubblico, giacché nel sistema giuridico italiano non è contemplata la figura del risarcimento del danno a titolo sanzionatorio¹²². La finalità esclusivamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile, esclude il riconoscimento della sentenza di condanna ai danni punitivi, per contrarietà all'ordine pubblico.

Con pronuncia successiva del 2012 la Suprema Corte¹²³ ha confermato il precedente

¹²¹ Cass., Sez. III civ., 19 gennaio 2007, n.1183

¹²² La Corte evidenziando un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno patito si è espressa in questi termini: “*Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa*”.

¹²³ Cass. Civ., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781 richiama i principi di diritto consolidati in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo cui : “*nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive [...]; rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta [...]; che l'apprezzamento del giudice nazionale sull'eccessività (o meno) dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione (o meno) alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua*

orientamento, non riconoscendo una decisione americana con la quale veniva comminato un risarcimento superiore a quanto richiesto dal ricorrente, in quanto carente sia delle ragioni di tale attribuzione patrimoniale, che di un richiamo a regole legali e/o criteri esteri propri della liquidazione del danno applicabile al caso di specie.

Nel caso sottoposto al vaglio di legittimità, la Corte di Appello di Torino aveva riconosciuto la sentenza straniera, ritenendo la carenza di motivazione e di riferimenti ai danni punitivi non sufficienti a fungere da ostacolo al riconoscimento della stessa. La Cassazione ha ribadito il principio di integrale riparazione del danno facente capo alla responsabilità civile, non ritenendo ammissibili i *punitive damages*.

Il tema continua a destare l'attenzione dei giudici di legittimità, in particolare a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento di ipotesi di sanzioni civili.

La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione con l'ordinanza interlocutoria del 16 maggio 2016 n. 9978, ha rimesso alle Sezioni Unite, proprio per la particolare importanza della questione, la decisione circa la possibilità di riconoscimento delle sentenze straniere che prevedono i danni punitivi¹²⁴.

La Corte preliminarmente fa chiarezza sull'ambito applicativo del principio di ordine pubblico, sancito dagli articoli 16, 64 e 65 della legge n.218 del 1995¹²⁵. L'ordine pubblico non può essere inteso solo nella sua valenza interna, poiché ciò condurrebbe all'applicazione soltanto di quelle norme con contenuto simile a quelle italiane, non tenendo conto delle diversità intercorrenti tra i sistemi giuridici. Il principio di ordine pubblico tradizionalmente inteso come sbarramento alla circolazione dei valori giuridici *“trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale”*.

dell'istituto dei cosiddetti punitive damages si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato”.

¹²⁴Cass., Sez.I, civ., 16 maggio 2016, n. 9978

¹²⁵ Originariamente esso era ritenuto un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, intendendosi per tale il complesso dei principi di diritto caratterizzanti la società in un determinato momento storico. Successivamente, esso ha assunto una valenza meramente interna nei casi riguardanti i cittadini italiani ed una valenza internazionale se riferito a cittadini stranieri. Nella recente giurisprudenza prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento interno facenti riferimento alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti. Ciò consente un'apertura dell'ordinamento nazionale nei confronti di valori estranei *“purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”*.

La Corte ritiene che l'istituto dei danni non risarcitori non sia contrastante rispetto all'ordine pubblico internazionale, salvo il caso in cui *“la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito”*.

Dal punto di vista comparatistico l'ordinanza si preoccupa di esaminare come la questione è stata affrontata dalle Corti superiori di altri stati¹²⁶.

Benché, ai nostri fini, non sembri necessario occuparci approfonditamente della questione, è bene porre in evidenza come essa ponga una serie di interrogativi. Ci si è chiesti, in particolare, se: la funzione riparatoria-compensativa sia davvero l'unica attribuibile all'illecito civile o possa esservi anche una funzione preventiva e deterrente; se il principio di ordine pubblico interno possa essere opposto al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, così da trattarle come sentenze di merito emesse dal giudice italiano.

L'ordinamento nazionale, invero, presenta già numerose norme con funzione sanzionatoria, come per esempio l'articolo 12 della legge 8 febbraio 1948 n.47, che in materia di diffamazione a mezzo stampa prevede il pagamento di una somma in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato; l'articolo 96, comma 3 c.p.c., che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo; l'art. 709-ter c.p.c e gli artt. 158 l.633/1941 e 125 d.lgs. 30/2005.

Quando l'illecito incide sui beni della persona, *“il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato”*¹²⁷.

Nell'ordinamento italiano è prevista la riparazione pecuniaria per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, che si aggiunge al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale previsto dall'articolo 185 c.p.

¹²⁶ La Corte Costituzionale federale tedesca (24 gennaio 2007, 1046) e il Tribunale Supremo Spagnolo (13 novembre 2001, n. 2039/1999) hanno ritenuto le pronunce concernenti i danni punitivi non in contrarietà rispetto all'ordine pubblico e analogamente si è pronunciata la Corte di Cassazione Francese (7 novembre 2012, n.11-23871 ; 1 dicembre 2010 n. 90-13303) ritenendo i danni punitivi contrari all'ordine pubblico solo se liquidati in misura realmente eccessiva.

¹²⁷Cass., Sez.I civ., 16 maggio 2016, n. 9978

5.1. L'art. 12 della legge n. 47/1948

L'articolo 12 della legge 8 febbraio 1948, n.47, prevede che “*nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato*”. Si tratta di una previsione che ha avuto scarsa applicazione nella prassi.

La Relazione della sottocommissione dell'Assemblea Costituente enunciava lo scopo del previgente art. 25, poi sostituito con l'attuale art.12, dichiarando che la *ratio* è proprio quella di colpire la stampa libellista contraria al costume di libertà civile attraverso sanzioni efficaci, anche di carattere civile.

La riparazione del danno era considerata come aggiuntiva sia rispetto ai danni patrimoniali, che a quelli non patrimoniali¹²⁸.

Si pone il tema del labile confine tra tutela civile e penale, riguardante la natura giuridica della riparazione pecuniaria e la sua equiparazione all'istituto dei *punitive damages*.

La dottrina ritiene che si tratti di una forma di risarcimento paragonabile ad una forma di risarcimento esemplare, in quanto punitiva per il soggetto agente, non condizionata dall'esistenza o dall'accertamento del danno. Trattasi di un *quid pluris* che ha lo scopo di soddisfare l'offeso e affliggere il danneggiante, rafforzando l'efficacia repressiva di reati che non comporterebbero una grave sanzione repressiva¹²⁹.

Per la Cassazione si tratta di una sanzione civile conseguente al reato di diffamazione a mezzo stampa e rafforzativa della sanzione penale, poiché presuppone l'accertamento degli elementi costitutivi del reato e la valutazione circa la sua sussistenza può essere compiuta anche dal giudice civile¹³⁰.

Si discute se l'applicazione della medesima possa essere estesa anche nei confronti del direttore responsabile e dell'editore. La giurisprudenza appare divisa sul punto: l'orientamento tradizionale tende ad escludere che la sanzione della riparazione pecuniaria ex art.12 L.47/1948 possa essere estesa al direttore responsabile qualora sia incorso in una

¹²⁸ Assemblea Costituente, Atti Parlamentari, documento n.15-A, p.5

¹²⁹ ZENCOVICH Z., *Il danno da mass-media*, cit. p.123-124

¹³⁰ Cass., sez. V, 11 aprile 1986 in *Resp.Civ.* 1987 p.85

responsabilità solo per omesso controllo colposo della pubblicazione e non per concorso doloso nel reato di diffamazione¹³¹; mentre quello più recente ritiene che la stessa possa essere comminata anche nei confronti del direttore del giornale, poiché è tenuto alla riparazione pecuniaria chiunque abbia contribuito a cagionare l'evento tipico del reato, sia in concorso con l'autore dello scritto diffamatorio, sia per omesso controllo *ex art. 57 c.p.* In ogni caso tale riparazione è dovuta anche dall'editore, responsabile in solido con gli autori del reato *ex art. 11 legge sulla stampa*¹³².

¹³¹Cass., sez III, 7 novembre 2000 n. 14485

¹³² PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, 2006, p. 441

CAPITOLO II

LA DIFFAMAZIONE ONLINE

SOMMARIO: 1. La condotta commissiva e quella omissiva. Rilievi introduttivi. – 1.1. Configurabilità del reato di diffamazione a mezzo Internet. – 1.2 Momento consumativo del reato. – 1.3. Problemi di giurisdizione e competenza territoriale. – 2. La condotta omissiva. – 2.1. La posizione di garanzia. – 2.2 La responsabilità per omesso controllo – 2.3. L'assimilazione della stampa telematica a quella cartacea ai fini della responsabilità ex art. 57 c.p. – 3. La responsabilità degli operatori Internet. – 3.1. Differenti tipologie di *provider* – 3.2 La responsabilità penale dell' *Internet provider* e d.lgs. 70/2003. – 3.3 Il caso *Google-Vividown*. – 3.4. Profili comparatistici della responsabilità dell'ISP – 3.5. Il titolare di un Internet point – 4. Editoria *on-line* e cartacea a confronto. – 4.1 (In)applicabilità del reato di omesso controllo ai periodici *on-line*. – 5. La sequestrabilità dei siti web. – 6. Aspetti procedurali della diffamazione *on-line*. – 6.1 Le modalità di ricerca della prova.

1. La condotta commissiva quella omissiva. Rilievi introduttivi.

Il presente capitolo tratta degli aspetti più importanti, e problematici, del tema in esame; per tale ragione esso costituisce l'ossatura del nostro lavoro.

Dopo aver passato in rassegna i profili generali del delitto di diffamazione, dovremo esaminare da vicino quali sono gli aspetti problematici e le peculiarità che caratterizzano siffatto delitto quando sia commesso per mezzo di strumenti informatici o telematici.

Conviene anticipare che la tecnica espositiva riflette la tendenziale “dicotomia” che caratterizza il delitto in parola: si esamineranno quindi le problematiche connesse sia alla *diffamazione a mezzo della stampa telematica*, sia la *diffamazione on-line in senso stretto*. Per quel che concerne la prima, l'interrogativo di fondo rimane se sia possibile, *de iure condito*, estendere ad essa le disposizioni dettate in materia di stampa cartacea, ovvero, *de iure condendo*, se detta assimilazione risulti opportuna.

Con riferimento alla diffamazione *on-line* in senso stretto, si porranno invece questioni di carattere sostanziale circa la responsabilità degli operatori *Internet* (in particolare dell'*Internet provider*) e di carattere procedurale circa l'identificazione del colpevole e le misure preventive esperibili da parte degli organi inquirenti.

Ciascuno di questi profili dovrà ora essere esaminato.

Rivolgendo ora l'attenzione alle forme di manifestazione della diffamazione, emerge come il reato possa essere integrato sia per effetto di una *condotta attiva* (art. 595 c.p.), sia di una *condotta omissiva* (art. 40, cpv, 595 c.p.), qualora su un dato soggetto gravi un

obbligo giuridico impeditivo della commissione del reato medesimo.

La distinzione giuridica tra condotta attiva e omissiva¹ risulta nel nostro caso agevole, trattandosi di un illecito che, pur qualificabile in termini di evento secondo la giurisprudenza prevalente, non è a forma completamente libera: la fattispecie è costruita su una nota modale “*comunicando con più persone*” che riecheggia un contegno attivo da parte del reo, piuttosto che la violazione di un obbligo giuridico di azione. La responsabilità omissiva verrà però in rilievo, come vedremo, rispetto alla posizione di terzi rispetto all’agente, che si assumono gravati da un obbligo giuridico di impedire il fatto-reato (*infra* § 2.1 ss).

1.1. Configurabilità del reato di diffamazione a mezzo Internet

Negli ultimi decenni la telematica e l'interattività hanno trasformato radicalmente il modo di comunicare. Lo sviluppo tecnologico ha permesso di trasmettere e diffondere notizie e messaggi con grande rapidità, anche a distanze elevate, abbattendo i costi.

Le informazioni possono essere scambiate attraverso l'utilizzo di *computer* collegati tra loro, costituenti una rete, il cd. *network*. Mediante il collegamento, i *computers* sono in grado di scambiare informazioni tra loro. *Internet* è il risultato delle interconnessioni fra *computer* e reti di *computer*, dei legami fra *network* (*web*). Si tratta di un'entità acefala,

¹ Tale distinzione ha suscitato discussioni in giurisprudenza specialmente con riguardo alle fattispecie a forma libera causalmente orientate. Il tema è stato, da ultimo affrontato da *Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011, Luvarà, n. 29476* con commento di SALE C., *La condotta medica tra azione e omissione*, in *Dir. Pen. Cont.* archivio informatico.

In dottrina di sono proposti due criteri di distinzione: uno *normativo* e uno *naturalistico*. A mente del primo si ha una condotta omissiva quando la regola cautelare violata è un comando, la pretesa dell’ordinamento consiste in un *facere*; una condotta attiva quando la *regula iuris* è un divieto, cioè un dovere di astensione da parte del consociato. Il difetto principale di tale soluzione risiede nella facilità con cui è possibile capovolgere la norma: il legislatore o, laddove l’ampiezza della *formula legis* lo consenta, l’interprete, potrebbero formulare o ricavare dalla disposizione un precetto in termini di divieto o comando o viceversa. Il *criterio naturalistico*, anche detto della reale efficacia condizionante, propone di verificare se il soggetto con la sua azione ponga in essere un fattore che innesca il processo causale sfociante nell’evento lesivo ovvero concorre ad accelerare il decorso causale, in ogni caso introducendo un fattore di rischio nuovo nella sfera del soggetto passivo (*condotta attiva*); ovvero se costui non realizzi un’azione ostacolante del decorso causale già in atto orientato verso la produzione di un evento lesivo che l’ordinamento vuole scongiurare, contrastando un fattore di rischio di per sé già esistente (*condotta omissiva*).

In dottrina a favore del criterio normativo ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*”, vol I, Giuffrè 2004 p.313; mostra adesione per il criterio naturalistico VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corriere del merito* 2006, p.962. In senso conforme: MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. Pen. proc.* 2006.

non governata da autorità alcuna, che non prevede canali obbligatori di comunicazione: ciascuno ha la possibilità di diffondere informazioni in rete. È evidente che ciò rende impossibile l'effettuazione di un controllo capillare degli innumerevoli dati immessi in rete, provenienti da ogni angolo del globo.

I modi di trasmissione delle informazioni a disposizione del singolo utente sono i più svariati : *world wide web, e-mail, newsgroups, chat lines, ecc.*

La rivoluzione dell'universo della comunicazione e dell'informazione attraverso *Internet*, ha apportato radicali modifiche nella quotidianità di ciascuno e allo stesso tempo, ha inciso profondamente sulla protezione dei diritti della personalità, divenuti potenziale bersaglio di notizie diffuse attraverso i mezzi telematici.

Si annoverano, in particolare, il diritto all'onore e alla reputazione, il diritto alla riservatezza e all'identità personale, la cui tutela impone che vi siano delle limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero e quindi, alla diffusione di notizie e informazioni in rete.

È necessario quindi, apprestare una tutela che sia adeguata alle peculiarità del mezzo utilizzato, volta ad evitare il rischio di un'ingiustificata impunità per i soggetti coinvolti nella diffusione e trasmissione *on line* del messaggio lesivo.

Le difficoltà di tutela dei diritti della personalità si pongono anche nelle ipotesi di archiviazione e memorizzazione di dati personali in banche dati, contenenti informazioni personali che necessitano di essere poste al riparo dal rischio di indiscriminate strumentalizzazioni per fini diversi da quelli per cui sono state raccolte.

La facilità di scambio delle informazioni, passibili di una diffusione senza confini, mette a repentaglio le esigenze di tutela dell'individuo nel cyberspazio.

La lesione dell'altrui reputazione realizzata attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie di comunicazione e soprattutto mediante *Internet*, ha imposto al legislatore e alla giurisprudenza di vagliarne la compatibilità rispetto alle norme vigenti in materia di diffamazione.

Alcune delle questioni concernenti la diffamazione *on-line*, sono state affrontate per la prima volta dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza n. 4741/2000.²

² Così *Cass., Sez.V, 27 dicembre 2000, n.4741 in CED Cass. n. 217745*, ricordata come una delle prime pronunce della *digital era*. La Corte di prone di esaminare come si caratterizza il delitto di diffamazione "*consumato con quel nuovo mezzo di trasmissione-comunicazione che prende il nome di internet*". L'estensore ricorda come il legislatore, pur mostrando di aver preso in considerazione la esistenza di nuovi strumenti di comunicazione, telematici ed informatici (si veda, ad esempio, l'articolo 623-*bis* c.p. in tema di reati contro la inviolabilità dei segreti), non ha ritenuto di dover mutare o integrare la lettera della legge

La Suprema Corte ha, innanzitutto, preso in considerazione il tema della configurabilità della diffamazione a mezzo *Internet*, ponendo l'accento sul fatto che il legislatore non ha ritenuto opportuno mutare o integrare la normativa vigente in questa materia, optando piuttosto per un adeguamento della stessa a condotte commesse per via telematica o informatica.

È evidente che gli articoli 594 e 595 c.p. possono essere commessi anche per via telematica o informatica: l'invio di messaggi atti ad offendere un soggetto attraverso la trasmissione via *e-mail*, rende possibile la configurazione delle ipotesi di ingiuria o diffamazione, realizzando la condotta tipica dell'ingiuria se il destinatario è lo stesso soggetto offeso o di diffamazione se i destinatari sono persone diverse. Ovviamente, anche nel caso di immissione diretta del messaggio in rete, la condotta sarà idonea a ledere il bene giuridico onore.

Sottolinea la Corte che per quanto concerne il reato di diffamazione, si considera consumato anche se la comunicazione con più persone e la percezione del messaggio non siano contemporanee alla trasmissione o contestuali tra loro, giacché i destinatari potrebbero trovarsi a grande distanza gli uni dagli o dal soggetto agente. Tuttavia, nel caso di diffamazione commessa a mezzo posta, telegramma o *e-mail*, è necessario che i messaggi vengano spediti a più destinatari, mentre *“nel caso in cui egli crei o utilizzi uno spazio web, la comunicazione deve intendersi effettuata potenzialmente erga omnes”*; Partendo da tale – ovvia – premessa, si giunge agevolmente alla conclusione che, anzi, *“l'utilizzo di internet integra una delle ipotesi aggravate di cui dell'articolo 595 c.p., comma terzo: offesa recata ... con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.”*

La diffamazione *online* è quindi considerata un'ipotesi aggravata *ex art.* 595, comma 3 c.p., risultante dalla particolare diffusività del mezzo usato per propagare il messaggio

con riferimento a reati la cui condotta consiste nella comunicazione dell'agente con terze persone. E, tuttavia, che i reati previsti dagli artt. 594 e 595 c.p. possano essere commessi anche per via telematica o informatica, è addirittura intuitivo: *“basti pensare alla cosiddetta trasmissione via e-mail, per rendersi conto che è certamente possibile che un agente, inviando a più persone messaggi atti ad offendere un soggetto, realizzi la condotta tipica del delitto di ingiuria (se il destinatario è lo stesso soggetto offeso) o di diffamazione (se i destinatari sono persone diverse)”*. Il caso concerneva un caso di pubblicazione su alcuni siti *Internet* di scritti e immagini lesivi della reputazione e della *privacy* del soggetto e delle sue figlie minorenni. In esito alla separazione legale dei coniugi, le due figlie erano state affidate ad entrambi i genitori. La madre, risposatasi con un rabbino, aveva portato le due figlie in Israele, aderendo ad una versione radicale della religione ebraica. Una volta rintracciate dalle autorità israeliane, le minori erano state affidate soltanto al padre, che le aveva condotte con sé in Italia. A partire da tale momento, su alcuni siti *Internet*, erano stati immessi scritti ed immagini diffamatori rivolti al padre oltre che all'operato dell'autorità giudiziaria italiana, nonché messaggi contenenti l'invito, rivolto agli aderenti alla religione ebraica, a liberare le due minori, tenute prigioniere dal padre, che impediva loro di professare i culti relativi alla predetta fede religiosa.

denigratorio. La riconducibilità dell'ipotesi di diffamazione a mezzo *Internet* all'articolo 595, terzo comma, c.p., non ha comunque mancato di suscitare perplessità in dottrina³. È possibile che tra i fruitori del messaggio possa annoverarsi anche la persona offesa, senza che ciò vada ad integrare un'ipotesi di ingiuria aggravata *ex art* 594 c.p.: il messaggio denigratorio diffuso via *Internet* si colloca in una dimensione più ampia di quella tra offensore e offeso e consente anche al soggetto vilipeso di percepire direttamente l'offesa, essendo diretto ad un numero indeterminato di utenti. Ciò, può ritenersi valido non solo nel caso di un'offesa propagata attraverso *Internet* ma anche per gli altri media (giornali, radio-televisione), poiché la manifestazione lesiva è percepibile anche dal diretto interessato, senza che ciò configuri un'ipotesi diversa da quella sussumibile nel titolo di diffamazione.

La giurisprudenza di legittimità nel 2008⁴ ribadisce l'orientamento secondo cui la diffamazione tramite *Internet* costituisce certamente un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 c.p., comma 3, in quanto commessa con altro (rispetto alla stampa) mezzo di pubblicità. *Internet* viene considerato un potente mezzo di diffusione di notizie, immagini ed idee al pari della stampa, della radio e della televisione, potendo estrinsecarsi anche attraverso di esso il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, sancito dall'art. 21 Cost. nei limiti dei diritti di cronaca e critica⁵.

La consistenza numerica effettiva dei fruitori del messaggio non può fungere da elemento di distinzione fra un normale mezzo di comunicazione e un mezzo di pubblicità, essendo più opportuno basare la distinzione su un connotato suscettibile di una valutazione *ex ante*, in modo tale da consentire la qualificazione del mezzo divulgativo in base alla sua natura e non al risultato in concreto raggiunto.

Date tali premesse ci chiediamo in quali ipotesi il mezzo di comunicazione possa

³ Sul punto, per rilievi critici si rinvia al contributo di SCOPINARO L., *Internet e i delitti contro l'onore*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.* 2000, p.631 ss. coevo alla prima decisione della Corte di Cassazione pocanzi citato.

⁴ Cass., Sez. V, 25 luglio 2008, n. 31392 Alberti, in *Guida Dir.*, 2008, I, p. 40- 87

⁵ Cass., Sez. V, 25 luglio 2008, n. 31392 sottolinea che “Cosa certa è, comunque, che, essendo ormai *internet* un (potente) mezzo di diffusione di notizie, immagini e idee (almeno quanto la stampa, la radio e la televisione), anche - evidentemente - attraverso di esso si estrinseca quel diritto di esprimere le proprie opinioni, diritto che costituisce uno dei cardini di una democrazia matura e che, per tale ragione, figura in posizione centrale nella vigente Carta costituzionale. I diritti di cronaca e di critica, in altre parole, discendono direttamente - e senza bisogno di mediazione alcuna- dall'art. 21 Cost. e non sono riservati solo ai giornalisti o a chi fa informazione professionalmente, ma fanno riferimento all'individuo *uti civis*. Chiunque, per tanto, e con qualsiasi mezzo (sai. anche tramite *internet*), può riferire fatti e manifestare opinioni e chiunque - nei limiti dell'esercizio di tale diritto (limiti, da anni, messi a punto dalla giurisprudenza)- può "produrre" critica e cronaca”.

qualificarsi come “mezzo di pubblicità”.

Il terzo comma dell'articolo 595 c.p. fa riferimento al mezzo della stampa o a qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ponendosi in rapporto di *genus ad speciem*. Elementi peculiari della stampa sono la destinazione alla pubblicazione e la riproduzione mediante mezzo tipografico o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici *ex art.1 L.47/1948*. È l'elemento della pubblicazione a permanere nella definizione del mezzo di pubblicità: la conoscibilità da parte di un numero indeterminato di persone consente la divulgazione anche di un unico scritto non prodotto meccanicamente. Il numero dei potenziali destinatari, perciò non qualifica il mezzo ma è il mezzo di comunicazione a racchiudere la maggiore o minore capacità diffusiva. La valutazione circa il numero di utenti raggiungibili potrà riguardare l'applicazione dell'articolo 133 c.p. costituendo un indice di maggiore gravità della condotta che consente al giudice di aumentare la pena in base alla portata del *mezzo di comunicazione* utilizzato.⁶

Ad avviso di chi scrive, sulla scorta di una condivisibile linea di pensiero, le differenze esistenti fra i singoli mezzi di comunicazione *on line* – in uno che le peculiarità di alcuni di essi – non consentono di stabilire che *Internet* rientri totalmente nella definizione di *mezzo di pubblicità*⁷ infatti, nel caso di *newsgroup* e *mailing list* il messaggio inviato può

⁶ SCOPINARO L., *Internet e i delitti contro l'onore*, cit. p.633 è dell'opinione che l'estensione numerica degli utenti raggiungibili dal messaggio diffamatorio è irrilevante o comunque non decisiva ai fini della configurazione dell'aggravante in questione la quale può essere individuata solo “*valutando ex ante il mezzo di divulgazione che è stato utilizzato. Non è quindi il numero dei destinatari potenziali che qualifica il mezzo ma, al contrario, è il mezzo di comunicazione che porta in sé la caratteristica di una maggiore o minore capacità di diffondersi.*”

⁷SCOPINARO L., *Internet e i delitti contro l'onore*, cit. p.633, la quale pone a confronto i singoli mezzi di comunicazione *on-line* con gli specifici mezzi di pubblicità dell'articolo 266 c.p. (Istigazione di militari a disobbedire alla legge), in particolare facendo riferimento all'ipotesi contemplata al comma 4, n.2) “*Agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone*”.

La presenza di più persone viene considerata dalla giurisprudenza come un'endiadi. Tuttavia, facendo riferimento al rapporto che deve intercorrere tra la presenza di più persone e il luogo pubblico, non vi è unanimità di vedute: un primo orientamento fa riferimento alla mera percepibilità da parte di un numero indeterminato di persone (*Cass., Sez. I, 16 settembre 1978, n.419*) mentre l'orientamento più aderente al dato testuale, esige la contestualità della presenza di almeno due persone nel luogo pubblico (*Cass., Sez. I, 6 luglio 1988, n.7827*). In *Internet* non può riscontrarsi una presenza oggettivamente rilevabile, poiché un sito è composto da immagini, scritti e suoni ai quali non si partecipa né fisicamente, né virtualmente. “*Se la ratio dell'aggravio di pena sta, infatti nell'aver tenuto una condotta in un contesto pubblico non fittizio ma concreto, perché arricchito dall'effettiva presenza di alcuni soggetti, non vedo come questa concretezza si potrebbe ritenere percepita, almeno a livello di colpa in capo al soggetto agente. Ben diversa da una presenza immateriale e verificata successivamente è l'effettiva presenza di ascoltatori richiesta dalla giurisprudenza. Il che sposta il ragionamento sull'opportunità stessa di questo requisito. [...] Se il sito web fosse paragonabile al un muro di un palazzo, l'aver affisso un manifesto con contenuto diffamatorio*

raggiungere un numero circoscritto di persone, mentre la pubblicazione di un *file* via *web* possiede più elementi in comune con la comunicazione a mezzo stampa, costituente un'ipotesi aggravata di diffamazione. Per tali ragioni, è necessario un intervento chiarificatore del legislatore, volto a qualificare il *web* come mezzo di pubblicità o di propaganda⁸.

L'orientamento consolidato della Suprema Corte conferma che l'ipotesi di diffamazione a mezzo *Internet* configura una circostanza aggravante *ex art.* 595, comma 3, c.p., come si evince dalle numerose sentenze succedutesi in materia⁹.

Più di recente i giudici di legittimità hanno ricondotto alla fattispecie di diffamazione aggravata perpetrata mediante l'utilizzo del mezzo di pubblicità anche le ipotesi di diffamazione a mezzo *social network*. La registrazione al *social network*, infatti, consente l'accesso ad un numero indeterminato di utenti, facendo sì che la pubblicazione di una frase diffamatoria su un profilo *Facebook*, possa essere visualizzata da un'ampia gamma di utenti, anche nel caso in cui le notizie siano riservate ai soli "amici"¹⁰.

In altra pronuncia più recente, la Suprema Corte ha ribadito che in tema di diffamazione a mezzo *Facebook*, qualora l'offesa sia arrecata mediante pubblicazione di un *post* in bacheca, sarà configurabile l'aggravante del reato di diffamazione prevista dall'articolo 595, comma 3, c.p.¹¹

In questa sede si vuole rimarcare l'accento sulla sostanziale assimilabilità dei due strumenti informatici. Sebbene l'utilizzo di *Internet* si differenzi dall'accesso ai *social networks*, è riscontrabile un fondamento comune in entrambe le ipotesi dato dalla particolare diffusività del mezzo informatico, potenzialmente idoneo a raggiungere una

sarebbe, a mio avviso, già sintomo della volontà che esso venga a conoscenza di più persone o quanto meno dell'imputabilità a livello di colpa di questo avvenimento, a prescindere dal fatto che ci fossero o meno almeno due persone presenti al momento dell'affissione".

⁸ La comparazione fra *Internet* e stampa sarà esaminata nel prosieguo (*infra* § 4).

⁹ *Ex plurimis* Cass., Sez. V, 1 ottobre 2010, n.35511; Cass., Sez. V, 29 novembre 2011, n.44126; Cass., Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 46504; Cass., Sez. V, 16 aprile 2014, n.16712; Cass., Sez. V, 8 giugno 2015, n.24431.

¹⁰ Per esempio Cass., Sez. V, 16 aprile 2014, n.16712 ha sancito che: "la sussistenza dall'aggravante dell'utilizzo del mezzo di pubblicità, tenuto conto che la pubblicazione della frase indicata nell'imputazione sul profilo del social network facebook rende la stessa accessibile ad una moltitudine indeterminata di soggetti con la sola registrazione al social network ed anche per le notizie riservate agli "amici" ad una cerchia ampia di soggetti. Peraltro, nella specie, la frase era ampiamente accessibile essendo indicata nel c.d. profilo". Tali profili saranno esaminati diffusamente nel terzo capitolo (*infra*, Cap. III, § 2).

¹¹ Cass., Sez. V, 8 giugno 2015, n. 24431 la quale richiamando il consolidato orientamento della Corte, dichiara che i reati di ingiuria e diffamazione possono essere commessi a mezzo di internet, integrando così l'ipotesi aggravata di cui al terzo comma dell'art.595 c.p.

pluralità di persone, cagionando in tal modo un danno maggiore per la persona offesa.

1.2. Momento consumativo del reato

Il delitto di diffamazione si consuma nel momento e nel luogo in cui vengono percepite le espressioni lesive da parte di soggetti terzi rispetto all'agente e alla persona offesa.

Le peculiarità del mezzo telematico, fanno sì che il reato attuato mediante l'immissione in rete di manifestazioni offensive e di immagini denigratorie possa ritenersi consumato nel luogo in cui le offese siano percepite dai fruitori della rete, anche nel caso in cui il sito **web** sia registrato all'estero¹². La mera immissione in rete di una frase diffamatoria, potrà tutt'al più configurare un'ipotesi di tentativo, a nulla rilevando ai fini del perfezionamento del reato. È necessario che vi sia un collegamento al sito *web* da parte di almeno due soggetti, affinché il reato possa considerarsi perfezionato.

Tuttavia, non vi è unanimità di vedute.

La giurisprudenza di legittimità, in una precedente pronuncia¹³ aveva affermato che per la consumazione del reato è sufficiente l'immissione dei dati in rete. L'utilizzo del mezzo di comunicazione telematico implica la diffusività della notizia immessa via *web*, che si presume fino a prova contraria.

Anche in dottrina¹⁴ vi è chi, negando la natura di evento del delitto di diffamazione,

¹² Cass. Pen, sez. II, 25 settembre 2008 n. 36721, *Buraschi*, in CED Cass. n. 234528

¹³ Cass., Sez. V, 25 luglio 2006, n. 25875 chiarisce che “quando una notizia risulti immessa sui cc.dd. media, vale a dire nei mezzi di comunicazione di massa (cartacei, radiofonici, televisivi, telematici ecc.), la diffusione della stessa, secondo un criterio che la nozione stessa di “pubblicazione” impone, deve presumersi, fino a prova del contrario. Il principio non può soffrire eccezione per quanto riguarda i siti web, atteso che l'accesso ad essi è solitamente libero e, in genere, frequente (sia esso di elezione o meramente casuale), di talchè la immissione di notizie o immagini “in rete” integra l'ipotesi di offerta delle stesse in incertam personam e dunque implica la fruibilità da parte di un numero solitamente elevato (ma difficilmente accertabile) di utenti”.

¹⁴ PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. Inf.* 1999, richiamato dal PEZZELLA, *La diffamazione*, p.548 nei seguenti termini: “In tutte le situazioni descritte, i messaggi sono, dunque, soltanto “messi a disposizione” sui servers in cui vengono memorizzati, essendo poi gli interessati che devono accedervi, con facili, ma necessarie operazioni – spesso automatizzate – da essi stessi attivate, per poi poterli ricercare, visualizzare, stampare ed, eventualmente, memorizzare anche durevolmente sui propri computer o supporti (“scaricandoli”, come si dice in gergo, con il termine inglese *downloading*)”. L'Autore rileva come la divulgazione dei dati su Internet vada incontro ad un complesso procedimento di elaborazione trattamento e telecomunicazione dei dati, affidato sia al server che all'uomo, attraverso la memorizzazione, duplicazione e ritrasmissione dei dati immessi e ciò significa che “non vi è un solo luogo di immissione in rete dei dati a contenuto diffamatorio, per cui anche da un punto di vista tecnico, oltre che dogmatico-giuridico, la tesi che vuole consumato il reato già con l'immissione dei dati in rete pare di difficile attuazione”.

ritiene consumato il reato attraverso l'immissione in rete dei dati, poiché la condotta è già di per sé idonea ad integrare il reato a prescindere dall'evento prodotto. Tra il soggetto agente e i destinatari del messaggio lesivo vi sarebbe un rapporto indiretto, in quanto i dati vengono riprodotti e memorizzati su un *server*, che funge da intermediario tra i fruitori del messaggio e il soggetto che lo invia. L'accesso ai dati è consentito da parte degli interessati attraverso il collegamento di un *computer* alla rete, rendendo in tal modo disponibile l'informazione ad un numero indeterminato di utenti.

In senso contrario a tali tesi, si pone chi, aderendo all'orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, ribadisce la natura di evento del reato di diffamazione¹⁵.

Secondo questa impostazione, perché si abbia diffamazione a mezzo *Internet* è necessaria la prova della realizzazione dell'evento, costituito dall'effettiva diffusione del messaggio e dalla percezione dello stesso da parte degli utenti che navigano sul *web*, altrimenti dovrà ritenersi integrata l'ipotesi del tentativo¹⁶. Nessun sito può essere raggiunto per caso, è necessario che l'utente ne sia a conoscenza o che proceda quantomeno ad una ricerca tramite un motore di ricerca. Non sarebbe quindi sufficiente la mera immissione, se i dati non possono essere raggiunti da nessuno.

Occorre rilevare che, ai fini della tempestività della querela, l'immissione sul *web* di immagini o frasi lesive e la cognizione da parte del soggetto offeso devono avvenire contestualmente o quantomeno trovarsi in rapporto di prossimità temporale, salvo prova contraria da parte dell'interessato¹⁷.

Il momento consumativo del reato rileva anche ai fini della decorrenza del termine di prescrizione del reato. Nel caso di diffamazione a mezzo *Internet* il reato si consuma al momento della ricezione del messaggio denigratorio da parte di terzi rispetto all'agente ed alla persona offesa, trattandosi di un reato di evento psicologico, consistente nella

¹⁵ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 550

¹⁶ Tra i precedenti di merito di annovera *Trib. Teramo, sent. 30 gennaio 2002, n.112* afferma che in mancanza della prova dell'evento, secondo i principi generali del diritto penale, deve ritenersi integrata l'ipotesi del tentativo, poiché con l'accesso al sito e l'inserimento delle notizie e dei messaggi diffamanti, si realizza una condotta idonea tecnicamente e volta in modo non equivoco a diffondere nel web tali contenuti lesivi.

¹⁷Sul punto *Cass., Sez.V, 14 giugno 2012, n. 23624* secondo cui l'interessato prende conoscenza dell'immissione della comunicazione in Internet attraverso l'accesso diretto alla rete o tramite altre persone che ne siano già venute a conoscenza, “*il che presuppone, se non la assoluta contestualità tra immissione “in rete” e cognizione da parte del diffamato, quantomeno una prossimità temporale; a meno che, s'intende, l'interessato non dia dimostrazione del contrario*”.

percezione da parte del terzo dell'espressione offensiva.

In conclusione, come affermato nella già citata sentenza 4741/2000¹⁸ nel caso in cui l'offesa venga arrecata tramite *Internet*, l'evento è temporalmente e concettualmente distinto dalla condotta: dapprima, si avrà l'immissione in rete degli scritti offensivi e/o delle immagini denigratorie, da parte dell'agente e solo successivamente (a distanza di secondi, minuti, ore, giorni ecc.) si verificherà l'evento con la percezione da parte dei terzi, in esito alla connessione al sito.

Saranno, dunque, configurabili sia il tentativo (l'evento non si verifica perché, in ipotesi, per una qualsiasi ragione, nessuno visita quel sito), sia il reato impossibile (l'azione è inidonea, perché, ad esempio, l'agente fa uso di uno strumento difettoso, che solo apparentemente gli consente l'accesso ad uno spazio web, mentre in realtà il suo messaggio non è mai stato immesso in rete).

1.3. Problemi di giurisdizione e competenza territoriale

In giurisprudenza, molte delle questioni affrontate in tema di tutela della persona in relazione alle tecnologie informatiche attengono a questioni procedurali, relative alla determinazione della giurisdizione e della competenza per territorio del giudice.

L'art. 6 del codice penale attribuisce alla giurisdizione del giudice italiano i reati commessi all'estero, quando parte dell'azione od omissione siano poste in essere su territorio italiano o qui si verifichi l'evento¹⁹.

Ci si è chiesti se la mera accessibilità in Italia a siti *web* esteri possa bastare a fondare la giurisdizione del giudice penale italiano.

La più volte citata sentenza n. 4741/2000 ha sancito che il giudice italiano è competente a conoscere del reato di diffamazione commessa attraverso la rete *Internet* da un sito *web* estero, ove l'offesa sia percepita in Italia da più persone collegate alla rete²⁰.

¹⁸Cass., Sez.V, 27 dicembre 2000, n.4741

¹⁹Art. 6 c.p.: “*Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione.*” La norma specifica l'ambito del *locus commissi delicti*, alla luce del c.d. *principio dell'ubiquità*, secondo cui il reato si considera commesso tanto nel luogo in cui si è svolta (anche solo in parte) la condotta, tanto in quello in cui si è verificato l'evento.

²⁰ L'estensore argomenta che la cosiddetta teoria della ubiquità consente senza alcun dubbio al giudice italiano di conoscere del fatto-reato, tanto nel caso in cui sul territorio nazionale si sia verificata la condotta, quanto in quello in cui su di esso si sia verificato l'evento; così “*nel caso di un iter criminis iniziato*

La percezione del messaggio diffamatorio in Italia è sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice italiano, anche se il sito *web* è ubicato all'estero, purché l'offesa sia stata percepita da più fruitori che si trovino in Italia. Il giudice italiano ha giurisdizione in qualunque luogo in cui vi sia stata la percezione del messaggio diffamatorio, essendo questo l'evento del reato.

La diffamazione atteggiandosi – secondo la lettura che ne fornisce la giurisprudenza – come reato di evento, non fisico ma psicologico, consiste nella percezione da parte di terzi dell'espressione offensiva. Il reato, pertanto, si consuma non al momento della diffusione del messaggio offensivo, ma al momento della percezione dello stesso da soggetti terzi; spesso il requisito della percezione degrada a mera percepibilità, quando non vi sia la prova dell'esatto momento di in cui uno o più soggetti hanno preso visione, ad esempio, di un *post* diffamatorio

Il sito *internet* ha una portata meramente passiva, in quanto può essere consultato solo da chi lo cerchi direttamente o attraverso motori di ricerca. Tale configurazione è stata sottoposta a critiche in dottrina, poiché si riconoscono numerose possibilità di sollecitare l'accesso ad un sito da parte del pubblico e per il perfezionamento del reato è sufficiente l'instaurarsi di un rapporto comunicativo con una pluralità di terzi, con conseguente realizzazione del reato nel momento stesso dell'immissione dei dati in rete in un sistema telematico idoneo accessibile. Si può notare come il messaggio diffamatorio possa essere predisposto in Italia, ma immesso in rete sfruttando esclusivamente un *server* situato all'estero, in tale ipotesi vi è chi nega la sussistenza della giurisdizione italiana, considerando la mera predisposizione del messaggio un antecedente non punibile rispetto all'immissione in rete²¹ e chi, al contrario, rifacendosi alla c.d. teoria dell'ubiquità, ravvisa la giurisdizione del giudice italiano²².

Affermata la giurisdizione del giudice italiano, si pone il problema di individuare la

all'estero e conclusosi (con l'evento) nel nostro Paese, come avviene in ipotesi di diffamazione via web, sussiste la potestà punitiva dello Stato italiano".

²¹Tale è la tesi espressa da CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000, p.276 ss. La dottrina ritiene sussistente la giurisdizione italiana, quando i dati sono immessi in rete dall'estero, ma transitano su *servers* collocati in Italia e quando ivi sia avvenuta la memorizzazione e la duplicazione. Tuttavia l'autrice non ravvisa la giurisdizione italiana se i dati sono meramente predisposti su un supporto in Italia e poi introdotti in rete all'estero: si tratterebbe di un antecedente non punibile rispetto alla successiva diffusione.

La giurisprudenza dominante ritiene che esista la giurisdizione italiana quando parti dell'azione o dell'evento siano realizzati in Italia.

²² PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 556

competenza territoriale di quest'ultimo.

È ritenuto competente il giudice del luogo in cui è stata percepita l'offesa, sulla base dell'art. 8, comma 1, c.p.p., il quale radica la competenza nel luogo di consumazione del reato. Qualora l'immissione dei dati sia avvenuta all'estero, troverà applicazione la regola residuale dell'art. 9, comma 3, c.p.p., che fa riferimento al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che per primo ha provveduto ad iscrivere la notizia di reato nell'apposito registro. Ove invece il reato sia posto in essere *on line* ma nel territorio italiano, la competenza territoriale si determina in relazione al *locus commissi delicti*.

La competenza per territorio per il reato di diffamazione a mezzo *Internet*, va determinata, in assenza di criteri d'individuazione, in base al luogo di domicilio dell'imputato in applicazione della regola suppletiva dell'art. 9, comma 2, c.p.p.²³

Ai fini dell'individuazione della competenza, rispetto all'offesa dell'altrui reputazione perpetrata tramite *Internet*, sono inutilizzabili criteri oggettivi unici (prima pubblicazione, immissione della notizia in rete, accesso del primo visitatore), in quanto di difficilissima, se non impossibile individuazione. Non è neppure utilizzabile il criterio del luogo in cui è situato il *server* in cui il *provider* alloca la notizia, in quanto può trovarsi in qualsiasi parte del mondo. Ne consegue il ricorso a criteri suppletivi quali il luogo di domicilio dell'imputato *ex art 9, comma 2, c.p.p.* sarà, giocoforza, necessario.

Sul profilo in esame si rinviene anche qualche pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, preso atto della dimensione transnazionale che può assumere il reato di diffamazione, ha ritenuto che la competenza del giudice debba essere radicata nel luogo in cui si è verificato l'evento. Tuttavia, il gestore di un sito *Internet*, cui si applica la direttiva sul commercio elettronico, non può essere assoggettato, nello Stato di residenza della vittima, a prescrizioni più rigorose di quelle previste dal diritto dello Stato membro in cui egli si è stabilito²⁴.

La Corte di Lussemburgo ha rilevato che la pubblicazione di contenuti su *Internet*, implica la loro diffusione universale, aumentando la gravità delle violazioni dei diritti della personalità e rendendo difficoltosa l'individuazione del luogo in cui si concretizza il

²³Sul punto, *Cass., Sez.I, 26 gennaio 2011, n.2739* secondo cui: “*La competenza per territorio, per il reato di diffamazione commesso mediante la diffusione di notizie lesive dell'altrui reputazione allocate in un sito web, va determinata in forza del criterio del luogo di domicilio dell'imputato, in applicazione della regola suppletiva stabilita dall'art. 9, comma secondo, cod. proc. pen*”

²⁴ *Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10*, disponibile su www.curia.europa.eu

danno derivante da tali violazioni. Per questo l'immissione di contenuti lesivi nel *web*, proprio per l'impatto che provoca sui diritti della personalità di un soggetto, necessita di una valutazione da parte del giudice del luogo in cui la vittima possiede il *centro dei suoi interessi*, che corrisponde, in via generale, alla sua residenza abituale. Il giudice in tal modo individuato, provvederà per la totalità dei danni causati sul territorio dell'Unione Europea.

2. La condotta omissiva

Sciogliendo la riserva formulata in apertura del presente capitolo, si pone ora il problema di definire preliminarmente cosa si intende per condotta omissiva, per poi passare all'analisi delle varie ipotesi di responsabilità degli operatori *Internet*.

L'analisi, come premesso, asseconderà la “dicotomia” che caratterizza la diffamazione commessa mediante strumenti telematici. E quindi:

- i) un primo problema da risolvere riguarda la configurabilità di un direttore responsabile con riferimento alle testate *on line*. In particolare, si pone il tema dell'equiparabilità delle pubblicazioni *on line* alla stampa tradizionale;
- ii) ulteriori questioni problematiche riguardano la responsabilità degli operatori di internet in senso lato (categorie di *Internet Service Providers*, dei gestori di un *Internet point* etc).

Prima di addentrarci nell'esame di questi specifici profili, pare opportuno – in virtù del carattere didascalico della nostra dissertazione – premettere qualche notazione di carattere generale.

2.1. La posizione di garanzia

Il diritto penale prevede oltre ai reati commissivi, i reati omissivi, caratterizzati dall'omissione di obblighi di agire imposti a protezione di beni giuridici di particolare rilievo.

È penalmente rilevante soltanto il mancato compimento di azioni imposte da comandi contenuti in norme giuridiche, non rilevando per il diritto penale gli obblighi etico-sociali avvertiti vincolanti dalla collettività: l'omissione penalmente rilevante consiste nel

mancato compimento di un'azione che si ha l'obbligo giuridico di porre in essere²⁵.

I reati omissivi vengono tradizionalmente distinti in: *reati omissivi propri* (di mera omissione) e *reati omissivi impropri* (commissivi mediante omissione)²⁶.

Per reato omissivo proprio si intende il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa, a prescindere dalla verifica dell'evento in conseguenza all'omissione. Saranno le singole norme incriminatrici a configurare tali reati, descrivendo l'azione doverosa ed i presupposti in base ai quali sorge l'obbligo giuridico di agire.²⁷

Ovviamente, l'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa, poiché *ad impossibilia nemo tenetur*. Tale possibilità di agire va intesa nel senso minimo di possibilità materiale di adempiere al comando, venendo meno in caso di assenza delle necessarie attitudini psicologiche e di mancanza delle condizioni esterne indispensabili per compiere l'azione doverosa.

Il reato non sussisterà se il soggetto ha compiuto un serio sforzo di adempiere all'obbligo di agire e l'insuccesso è dovuto a circostanze esterne. Inoltre, se i doveri di agire, ricadendo su più soggetti, non presuppongono un adempimento personale, l'attivarsi da parte di uno libererà gli altri dal compiere l'azione doverosa²⁸.

Sono qualificati dal legislatore, invece, come reati omissivi impropri, quei reati volti

²⁵ Senza pretese di esaustività, sulla posizione di garanzia e sul reato omissivo improprio: nella manualistica v. MARINUCCI DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, V ed., 2015, p.229; in letteratura FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979; SGUBBI F., *La responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999; FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni del diritto penale d'impresa*, 1985.

²⁶ FIANDACA G MUSCO E., *Diritto penale*, Parte generale, VII ed., 2014, nel tracciare le linee di demarcazione tra le due forme di illecito omissivo, evidenzia i vari criteri adottabili. Il criterio di distinzione tradizionale qualificava come propri i delitti omissivi, per il mancato compimento di un'azione imposta dalla legge, a prescindere dagli eventi dannosi che potrebbero derivare dalla condotta omissiva.; e come impropri i reati omissivi posti in essere in violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico. Tuttavia, questo tipo delittuoso è carente di una previsione legislativa espressa: vige la clausola generale contenuta nell'articolo 40 cpv. che ricollega le norme di parte speciale alle fattispecie omissive. Per tale ragione, è preferibile adottare un nuovo criterio basato sulla tipizzazione dei reati omissivi direttamente configurati come tali dal legislatore.

²⁷ Cfr. MARINUCCI DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 232. Per fare alcuni esempi di reati omissivi propri cita i delitti di omissione di soccorso (art.593 c.p.), omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361, comma 1, c.p.) e l'omissione di atti d'ufficio (art. 328, comma 2, c.p.), sottolineando che “*in tutte queste ipotesi le eventuali conseguenze del mancato compimento dell'azione doverosa sono irrilevanti ai fini della sussistenza del fatto di reato: possono semmai rilevare ai fini di un aggravamento della pena, come nell'omissione di soccorso, per la quale si prevedono aumenti di pena se dalla condotta del colpevole deriva una lesione personale ovvero la morte della vittima (art. 593 c.p.)*”.

²⁸ FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, cit. p. 623

all'incriminazione di un'omissione di un comportamento giuridicamente doveroso imposto al fine di impedire la verifica dell'evento. L'evento diviene, quindi, elemento costitutivo del fatto.

Il reato omissivo improprio presenta un'autonomia strutturale che sorge dall'innesto dell'art.40 cpv. c.p. sulle norme di parte speciale: l'illecito omissivo è disciplinato nella sola parte generale mediante la previsione di una clausola di equivalenza, spettando all'interprete il compito di convertire le fattispecie di parte speciale nelle corrispondenti ipotesi omissive sulla base dell'articolo 40, cpv., c.p.

Si pone, dunque, il problema della compatibilità di tale modello di illecito rispetto ai principi di legalità e determinatezza della fattispecie²⁹.

Anche il reato omissivo improprio, presuppone il potere materiale di impedire l'evento, mediante azione idonea.

Il dispositivo dell'articolo 40, comma 2, c.p. sancisce che “*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico d'impedire equivale a cagionarlo*”. Viene sancita una regola di equivalenza tra il non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire e il cagionarlo, dando luogo ad un fenomeno di estensione della punibilità.

Resta da definire l'ambito operativo dell'art. 40, cpv., c.p., accertando se la regola abbia una portata generale, ovvero vada limitata a talune ipotesi delittuose.³⁰

L'impiego della suddetta disposizione è escluso quando la norma incriminatrice stessa fa riferimento alla condotta omissiva, come nei reati omissivi propri, ovvero in correlazione all'azione in senso stretto (es. artt. 450, 659 c.p.). Inoltre, quando la fattispecie presuppone una condotta esclusivamente di carattere positivo, sarà da escludere la configurabilità del reato mediante omissione.³¹

²⁹ FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, cit. p. 626, ritiene necessario un intervento del legislatore “*se si vuole evitare che l'individuazione del confine tra il punibile e il non punibile resti su questo terreno in definitiva affidata alla giurisprudenza*”. Deve essere abbandonato il convincimento secondo cui il legislatore non sarebbe in grado di prevedere nella parte speciale del codice, tutte le ipotesi di omesso impedimento dell'evento meritevoli di sanzione penale. La tipizzazione degli illeciti omissivi impropri, comporta inevitabilmente lacune di tutela, ma questo è un costo che deriva dalla frammentarietà del diritto penale e non può scoraggiare l'intervento del legislatore in *subiecta materia*.

³⁰ FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, *ibidem*, secondo cui: “*non vi è chi non veda come un'indiscriminata applicazione, a tutte le fattispecie commissive, del principio dell'equivalenza, avrebbe come effetto di ampliare in maniera ipertrofica il sistema delle incriminazioni. Con ciò si finirebbe però col disattendere le stesse scelte legislative di politica criminale, e risulterebbero quindi violati i limiti in cui è predisposta la stessa tutela legale dei beni penalmente protetti*”.

³¹ FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, *ibidem*, cit. p.627 si riferisce ai delitti c.d. di mano propria (es. incesto), ai reati abituali (es. sfruttamento della prostituzione) e alle fattispecie inerenti a comportamenti di

Passando ora alle tipologie delittuose suscettibili di conversione, è necessario soffermarsi sulla connessione esistente tra rapporto di causalità e regola di equivalenza.

La sfera di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. va limitata alle ipotesi in cui sia riscontrabile un nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo: sono le c.d. fattispecie causalmente orientate.

Ovviamente, andranno esclusi da tale categoria di reati, quelli caratterizzati dalla sola condotta positiva o a carattere vincolato: sono suscettibili di realizzazione in forma omissiva i reati causali puri, in cui rileva soltanto la realizzazione dell'evento, a prescindere dalle modalità della condotta. Si tratta di fattispecie finalizzate eminentemente alla protezione della persona umana³², tra i quali possono annoverarsi i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, come l'omicidio, o i reati contro l'incolumità pubblica.

Non essendovi una previsione legale espressa degli elementi costitutivi del reato omissivo improprio, i presupposti da cui emerge l'obbligo giuridico del garante di attivarsi, all'insorgere di una situazione di pericolo per il bene giuridico da tutelare, andranno valutati in concreto in base alle circostanze del fatto.

Occorre, inoltre, la dimostrazione del nesso di causalità tra condotta omissiva ed evento, valutando se l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe impedito la verifica dell'evento lesivo³³.

Nei reati omissivi deve, quindi, sussistere un nesso di causalità ipotetico tra l'omissione e l'evento, il cui accertamento postula il compimento di un giudizio “controfattuale”, al fine di valutare se il compimento dell'azione doverosa che è stata omessa avrebbe

tipo positivo (es. furto, rapina, ecc.). Quando la norma incriminatrice impernia la descrizione della condotta su concetti normativi, non sarà necessario il richiamo all'art.40 cpv., ma si dovrà avere riguardo al contenuto degli obblighi facendo riferimento agli elementi normativi a cui si riferisce la norma.

³² Oggi l'alveo delle fattispecie di reato punibili per omissione impropria si è esteso – o si mira ad estenderlo – anche ad altri beni giuridici (si pensi all'introduzione del disastro ambientale, art. 452-quater c.p., oppure *de lege ferenda* alla proposta di inserire nel codice una ipotesi di danneggiamento colposo di beni culturali).

³³ Il rapporto di causalità è esplicitamente disciplinato dall'art. 40, comma 1, c.p., in base al quale “*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione*”. Sul punto, per tutti, STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pag 1221 ss., secondo cui, affinché l'evento possa essere addebitato all'agente, occorre che esso si ponga come conseguenza della sua azione od omissione, dovendo sussistere un rapporto di causalità tra condotta ed evento secondo un rapporto espresso in termini probabilistici dalla sussunzione sotto leggi scientifiche.

impedito la verifica dell'evento³⁴.

Si è accolta la teoria della *condicio sine qua non*, individuando la condizione necessaria attraverso il c.d. *processo di eliminazione mentale*: se eliminando la condotta dell'agente dagli antecedenti, risulta che l'evento si sarebbe comunque verificato, allora la condotta non sarà condizione necessaria; se, invece, eliminando mentalmente l'azione, si rileva che l'evento non si sarebbe verificato, o che si sarebbe verificato con modalità diverse, ciò sta a significare che fra azione ed evento vi è un nesso di condizionamento.³⁵

Il nesso di causalità non può essere determinato soltanto in base al personale apprezzamento del giudice, ma necessita di essere riferito a parametri oggettivi.

Il giudice dovrà fare riferimento a leggi scientifiche, ossia ipotesi fornite di un alto grado di attendibilità, dalle quali è possibile inferire un fatto noto o non ancora noto. La legge scientifica deve presentare i seguenti requisiti, per poter fungere da criterio esplicativo degli accadimenti particolari: verificabilità, generalità e alto grado di probabilità induttiva³⁶.

Tuttavia, non si può pretendere che il giudice conosca tutte le leggi scientifiche di copertura ma è necessario fare riferimento ad un giudizio prognostico, attraverso l'utilizzo di argomentazioni probabilistiche generalmente accettabili.

La probabilità va intesa come probabilità logica induttiva e non statistica, dotata di un certo grado di fiducia e svincolata dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi.³⁷

³⁴ MARINUCCI DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.240, ritiene che “*si deve compiere un giudizio controfattuale, modellato secondo la peculiare struttura del reato omissivo improprio: bisogna chiedersi cioè se, aggiungendo mentalmente l'azione doverosa che è stata omessa, ne sarebbe seguita una serie di modificazioni della realtà che avrebbero bloccato il processo causale sfociato nell'evento*”. Cfr. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1224, secondo cui il giudizio controfattuale è il solo modo di conoscere il nesso tra la condotta umana e l'evento: «*Prendendo spunto dalla celebre frase di Hume, per cui “una causa è un oggetto seguito da un altro... dove se il primo non ci fosse stato, il secondo non sarebbe mai esistito”, si deve perciò dire che la relazione causale penalmente rilevante può essere esplicitata solo da controfattuali della forma “se non ci fosse stato A non ci sarebbe stato B”*».

³⁵ STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p.4 ss. approda all'enunciazione della c.d. doppia formula della condizione *sine qua non*: “*la condotta è causa dell'evento se, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato; la condotta non è causa dell'evento se, senza di essa l'evento si sarebbe verificato ugualmente*”.

³⁶ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1236

³⁷ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p.1245, secondo cui : “*il compito del giudice penale dovrebbe essere abbastanza chiaro: attraverso il giudizio controfattuale, egli deve stabilire se la condotta è una condizione contingentemente necessaria; il risultato al quale approderà, però, non sarà mai deduttivamente certo, posto che l'incompletezza delle premesse esplicative (l'incompletezza delle leggi e delle condizioni empiriche enunciate) e l'uso di leggi statistiche nella spiegazione caratterizzano sempre*

Ma ai fini dell'accertamento del nesso di causalità è sufficiente che l'omissione avrebbe impedito il verificarsi dell'evento con elevato grado di probabilità vicino alla certezza, oppure occorrono soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento?

Sul tema si sono delineati due indirizzi interpretativi: l'orientamento maggioritario, ritiene sufficienti serie ed apprezzabili probabilità di successo per l'azione impeditiva dell'evento, anche se in misura inferiore al 50%; mentre la tesi contrapposta, richiede un elevato grado di probabilità prossimo alla certezza, cioè in percentuale quasi prossima a cento. La questione controversa è stata risolta dalle Sezioni Unite con la celeberrima sentenza *Franzese*³⁸.

Anche nel caso dell'omissione, poiché è richiesto al giudice di formulare un'argomentazione probabilistica e non un enunciato certo, basterà il soddisfacimento del requisito dell'alto grado di credibilità razionale, sullo specifico fatto da provare³⁹.

La Suprema Corte ribadisce che la verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale costruito secondo la doppia formula nel senso che: “*a) la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato*”.

In esito al giudizio controfattuale, potrà ravvisarsi il nesso causale quando si accerti che la realizzazione della condotta doverosa avrebbe impedito la verificazione dell'evento, ovvero si sarebbe verificato a posteriori o con minore intensità lesiva.

La spiegazione causale dell'evento può essere data facendo ricorso a regole d'esperienza o al modello della sussunzione del singolo evento sotto leggi scientifiche esplicative.

la sua argomentazione come probabilistica, ossia razionalmente credibile”

³⁸ Cass., SS.UU, 11 settembre 2002, n. 30328 in Cass. pen. 2002, p. 3643 ss

³⁹ Le Sezioni Unite argomentano che il giudice, pur dovendo accertare *ex post*, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente è condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale, conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, cioè “*ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale o conferma dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di elevata probabilità logica o probabilità prossima alla - confinante con la certezza*”.

Il giudice può far riferimento sia a leggi universali che a leggi statistiche. Tuttavia, non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità statistica la conferma o meno dell'esistenza del nesso causale, poiché è necessaria una verifica sulla condotta omissiva, tale per cui la stessa deve porsi come condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica.

L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, comporteranno l'esito assolutorio del giudizio.⁴⁰

Orbene, fornite le coordinate teoriche di riferimento della causalità omissiva, deve tenersi a mente che la mera esistenza del nesso causale tra un *non facere* e un evento dannoso non è di per sé sufficiente a fondare l'esistenza della responsabilità penale: occorre un ulteriore elemento, cioè la violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento che è il presupposto imprescindibile, il *prius* logico, della causalità omissiva.

Tale dovere non può che rappresentare un'eccezione, in quanto non si può pretendere l'impedimento dell'evento lesivo da parte di ciascun cittadino ma deve sussistere un obbligo giuridico di attivarsi in capo ad un determinato soggetto.

Il problema concerne l'individuazione degli obblighi giuridicamente rilevanti, dalla cui violazione possa scaturire la responsabilità penale. Al riguardo, sono state sviluppate diverse concezioni: formalistica, sostanzialistico-funzionale e mista⁴¹.

La *concezione formalistica*, esige l'espressa previsione di un obbligo di agire da parte

⁴⁰ Cass., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328 *enuncia i seguenti principi di diritto, in ordine al problema del rapporto di causalità nei reati omissivi impropri, riguardo allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica: "a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.*

b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica.

c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio".

⁴¹ Per una sintesi delle posizioni sostenute in dottrina v. Cass. Pen. sez. IV 10 giugno 2010 n. 38991 Quaglierini in CED Cass. n.4566342 p.37 ss

della legge, penale o extra-penale, o del contratto.

Tuttavia, tale concezione, pur tentando di ricollegare l'obbligo di garanzia al principio di legalità, si presenta come incapace di selezionare gli obblighi aventi una reale funzione di garanzia, in modo tale da poter circoscrivere le ipotesi di responsabilità penale omissiva; non distinguendo la mera obbligazione contrattuale dall'obbligo di garanzia, rischia di escludere la sussistenza di quest'ultimo in relazione ai casi di invalidità del contratto, anche in seguito all'affidamento del bene da parte del titolare al garante.

La *concezione sostanzialistico-funzionale*, fa discendere la responsabilità per omesso impedimento dalla necessità di apprestare una tutela rafforzata dei beni giuridici attraverso la predisposizione di appositi garanti, in forza dell'incapacità dei titolari di proteggerli. Questa condizione di protezione fa sorgere un vincolo di tutela tra il bene e il soggetto garante, che non scaturisce da fonti formali, bensì dalla posizione fattuale di garanzia del bene, assunta da specifici soggetti. Fondandosi su criteri fattuali, tale teoria si pone in contrasto con il principio di legalità-tassatività, non essendo in grado di circoscrivere la responsabilità.

Infine, la *concezione mista*, prevalente in dottrina, si pone in una posizione intermedia tra il criterio formale e funzionale: l'obbligo di garanzia deriva da una fonte formale ma corrisponde alla funzione sostanziale di garanzia. Il rischio, però, è quello di condensare al suo interno le criticità di entrambe le teorie⁴².

L'obbligo di garanzia, di fronte all'inadeguatezza delle suddette teorie di differenziarlo da altri tipi di obblighi, necessita di essere ricostruito alla luce dei principi fondamentali del diritto penale.

L'obbligo di garanzia, in ossequio al principio di legalità, deve derivare da fonti giuridiche formali, costituite dalla legge e dal contratto. Inoltre, deve essere dotato di sufficiente specificità, escludendo obblighi generici e indeterminati. Infatti, in base al principio di solidarietà, l'obbligo di garanzia deve specificare i soggetti beneficiari, circoscrivendo la tutela rafforzata ai soli soggetti incapaci di esercitare un'adeguata autotutela. Oltre a ciò, in aderenza al principio di libertà, l'obbligo non potrà mai gravare sulla generalità dei consociati ma solo su soggetti ben determinati, che si trovano nella posizione giuridica di garanzia.

Infine, il rispetto del principio di responsabilità personale fa sorgere i poteri giuridici

⁴²Cfr. MANTOVANI F., *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, p.338 ss.

impeditivi del garante, che possono essere di vigilanza e d'intervento. Essi devono essere preesistenti rispetto alla situazione di pericolo, consentendo in tal modo al garante la possibilità materiale di attivarsi per impedire l'evento lesivo⁴³. Vi sono due diverse classi di obblighi: obblighi di protezione e obblighi di controllo⁴⁴.

Il garante può essere obbligato ad impedire l'agire illecito di un terzo: il terzo dovrà trovarsi in uno stato d'incapacità naturale, tale da non essere in grado di governare responsabilmente il proprio comportamento e di dover sottostare alla vigilanza di un garante; oppure la posizione di garanzia potrà fondarsi su poteri giuridici che impongono di impedire la commissione di reati⁴⁵. Tale ultima forma di manifestazione della responsabilità omissiva è quella che maggiormente interessa la nostra analisi rispetto alla posizione degli operatori di *internet* (*infra* § 3.1, 3.4)

Conclusivamente, senza addentrarci per sentieri teorici estremamente scivolosi, possiamo approssimare tenendo a mente i seguenti principi:

- i) la fonte primaria dell'obbligo di garanzia è la legge, penale ed extra-penale, con esclusione delle fonti sub-legislative che possono solo specificare obblighi già posti dalla legge;
- ii) oltre alla legge, vi è il contratto, che comprende sia i contratti tipici che quelli atipici;
- iii) gli obblighi di garanzia derivanti da contratto comportano il trasferimento dell'obbligo di garanzia dal titolare al garante, oppure la creazione *ex novo* di obblighi di garanzia a carico del garante;
- iv) è richiesto l'effettivo trasferimento dei poteri impeditivi: l'obbligo sorgerà al momento

⁴³MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia*, cit., p.340 ss. secondo cui “l'obbligo di garanzia può essere definito come obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente”.

⁴⁴ Gli *obblighi di protezione* riguardano obblighi giuridici volti a tutelare beni facenti capo a uno o più soggetti, rispetto ai pericoli che potrebbero prospettarsi. Essi possono derivare dalla legge e dal contratto. Le principali posizioni di protezione derivanti dalla legge riguardano: il rapporto di protezione genitori-figli (art.147 c.c.), l'obbligo di reciproca assistenza tra coniugi (art.143 c.c.); il vincolo di protezione tra medico e paziente ecc.

Le *posizioni di protezione* derivanti dal contratto possono riguardare per esempio il caso dei genitori che affidano il figlio ad una *baby sitter*.

Gli *obblighi di controllo* tutelano chiunque possa essere esposto ad una fonte di pericolo, neutralizzando quest'ultimo. I pericoli possono derivare sia a forze della natura, che allo svolgimento di attività umane.

Tra gli obblighi di controllo possono annoverarsi quelli facenti capo al proprietario cose immobili o mobili potenzialmente lesive di beni altrui (es. art. 677 c.p. che obbliga il proprietario di un edificio pericolante ad apprestare le misure di sicurezza idonee ad impedire il verificarsi dell'evento lesivo; o quello facente capo al datore di lavoro a salvaguardia dell'incolumità dei dipendenti). La responsabilità penale dell'ISP, come vedremo, sembra poter essere ricondotta a quest'ultima categoria.

⁴⁵FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, cit., p.652

dell'assunzione effettiva e materiale dell'incarico;

v) è necessario che l'obbligato venga a contatto con la specifica situazione pericolosa da neutralizzare.

2.2. La responsabilità per omesso controllo

Esaminati i profili generali della responsabilità omissiva e del connesso istituto della posizione di garanzia, veniamo ora ad analizzare come essa si attegga rispetto all'omissione del dovere di controllo gravante sul direttore di giornale o altro periodico.

L'art. 3 della L.47/1948⁴⁶ prevede che ogni giornale o altro periodico debbano avere un direttore responsabile, il quale deve essere cittadino italiano e possedere tutti i requisiti necessari per l'iscrizione nelle liste elettorali politiche.

Giornali e periodici presentano una struttura molto articolata, al cui vertice è collocato il direttore: soggetto apicale al quale sono attribuite funzioni di direzione e controllo sull'operato dei subordinati⁴⁷.

Da tale posizione deriva un obbligo di controllo e un potere di censura sul contenuto degli scritti, oltre che una facoltà di sostituzione nei confronti del giornalista⁴⁸.

⁴⁶ Art. 3 - Direttore responsabile: *“Ogni giornale o altro periodico deve avere un direttore responsabile. Il direttore responsabile deve essere cittadino italiano e possedere gli altri requisiti per l'iscrizione nelle liste elettorali politiche. Può essere direttore responsabile anche l'italiano non appartenente alla Repubblica, se possiede gli altri requisiti per la iscrizione nelle liste elettorali politiche. Quando il direttore sia investito di mandato parlamentare, deve essere nominato un vice direttore, che assume la qualità di responsabile. Le disposizioni della presente legge, concernenti il direttore responsabile, si applicano alla persona che assume la responsabilità ai sensi del comma precedente”*.

⁴⁷ PERON S, *La diffamazione tramite mass-media*, Padova, 2006, p.288, equipara la figura del direttore responsabile a quella di un dirigente, in funzione dei poteri che gli vengono riconosciuti. Infatti al direttore responsabile spetterà la competenza esclusiva e specifica di *“fissare ed impartire le direttive politiche e tecnico-professionali del lavoro redazionale, stabilire le mansioni di ogni giornalista, adottare le decisioni necessarie per garantire l'autonomia della testata, dei contenuti del giornale e di quanto può essere diffuso con il medesimo, dare le disposizioni necessarie al regolare andamento del servizio”*, come enunciato testualmente da CCNL giornalisti, 1 marzo 2001 - 28 febbraio 2005, art.6 (poteri del direttore). In argomento anche FUMO M., *La diffamazione mediatica*, Milano, 2012, p.156, fornisce un elenco delle cd. attività di *desk* riservate alla figura del direttore, comprensive di: impaginazione degli articoli, confezionamento dei titoli e scelta del materiale fotografico da apporre sullo scritto.

⁴⁸ Cass., sez. V, 13 febbraio 1985, n.4563 a mente della quale *“non è precluso al direttore di sostituirsi al giornalista e ripeterne l'opera per realizzare risultati consonanti ai fini contemplati da quel controllo e da quella censura”*. Cfr. PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, cit. ,p.288.

Il direttore potrà incorrere in una responsabilità *per fatto proprio*, discendente dall'omesso controllo, oppure *a titolo di concorso* nel reato commesso dall'autore della pubblicazione criminosa.

Al direttore responsabile può essere contestato il delitto colposo di cui all'articolo 57 c.p.⁴⁹, in quanto pur sussistendo un obbligo in capo allo stesso di impedire la verifica dell'evento lesivo, quest'ultimo non si sarebbe verificato se egli avesse vagliato gli scritti destinati alla pubblicazione con la dovuta diligenza.

La norma individua un'autonoma figura di reato omissivo improprio, assimilabile alla posizione di garanzia sancita dall'articolo 40, comma 2, c.p.⁵⁰. Sovente la disposizione viene definita come l'unica forma codicistica di reato commissivo mediante omissione a forma vincolata. Il direttore attraverso la sua condotta omissiva colposa, può determinare la consumazione del reato di diffamazione e di un qualsiasi altro delitto perpetrato a mezzo della stampa.

Spetterà, dunque, al direttore del periodico il compito di impartire le direttive redazionali, stabilire le mansioni di ogni giornalista, adottare le decisioni necessarie per garantire l'autonomia della testata e verificare la correttezza della notizia prima della pubblicazione.⁵¹

Ai fini della valutazione della responsabilità del direttore, dovranno essere considerati nel loro complesso tutti gli elementi costitutivi dell'articolo stampato, che comprendono

⁴⁹ Art. 57 c.p. - Reati commessi col mezzo della stampa periodica: “*Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato diminuita in misura non eccedente un terzo*”.

⁵⁰ POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., p.225, colloca il reato di omesso controllo del direttore responsabile nella categoria dogmatica dell'agevolazione colposa: “*la fattispecie si caratterizza sia per la presenza di una posizione di garanzia del soggetto agente sia per la previsione di un'altrui condotta di reato resa in qualche modo possibile dalla condotta colposa – omissiva o commissiva – del soggetto qualificato*”. Tale impostazione presta, tuttavia, il fianco alla critica che, in alcun modo il direttore può incidere sull'*iter criminis* in atto, attivamente agevolandolo, risolvendosi in un rimprovero di tipo strettamente normativo.

⁵¹ Cass., Sez. V, 13 febbraio 1985, n.169148, stabilisce che l'obbligo di controllo impone al direttore: “*l'attuazione di quanto necessario per prendere notizia degli scritti da pubblicare, vagliarne il contenuto e le fonti (e perciò scegliere gli autori dei testi, assegnare loro compiti specifici, indirizzarne e vagliarne l'operato): si da licenziare per la stampa gli scritti, dopo aver posto in essere la vigilanza dovuta per il conseguimento dei fini previsti dall'art. 57 c.p.*”.

non solo il testo letterale ma anche il titolo, le immagini e le modalità di presentazione, dai quali è possibile desumere il carattere diffamatorio della notizia.⁵²

Il dispositivo dell'articolo 57 c.p. non troverà applicazione in mancanza del carattere di periodicità⁵³ dello stampato e la posizione di garanzia graverà sull'editore, se l'autore della pubblicazione è ignoto o non imputabile, ovvero sullo stampatore, se l'editore non è indicato o non imputabile⁵⁴.

La questione che si era posta, avendo riguardo alla fattispecie prevista dall'articolo 57 c.p., riguardava la natura della colpa richiesta dalla norma, da considerarsi come elemento psicologico del reato oppure come criterio da seguire ai fini della mera quantificazione della pena.

Il legislatore appronta esplicitamente il trattamento sanzionatorio dell'articolo 57 c.p., stabilendo che la pena per l'omesso controllo del direttore responsabile deve essere diminuita di un terzo, rispetto al verificarsi del reato non impedito.

Prima dell'intervento modificativo ad opera della l.27/1958, l'articolo 57 c.p. nella sua formulazione originaria, costituiva un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ponendo a carico del direttore la responsabilità per il solo fatto di ricoprire un incarico di tale rilevanza.

⁵² Cass., Sez. V, 24 ottobre 1995, n.12588, secondo cui l'offesa alla reputazione deve desumersi da tutto il contesto comunicativo in cui si inserisce l'articolo, che comprende titoli, sottotitoli, immagini ecc.

⁵³ PALAZZO F. PALIERO E., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di DE VERO G., 2010, p. 438, secondo cui la distinzione tra stampa periodica e non periodica rileva ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile: “*il discrimine è dato dalla anonimata o inimputabilità dell'autore della pubblicazione, che irrilevante nel caso di stampa periodica, diviene fondamentale ai fini del coinvolgimento della responsabilità dell'editore, e, in via suppletiva, dello stampatore, in caso di stampa non periodica*”. Sul punto PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, cit. ,p. 289, richiama l'inedita sentenza del Tribunale di Milano, sez. civ., 13 maggio 2004, n.6086, la quale scinde la figura del direttore del periodico chiamato a fissarne la linea politico-editoriale da quella del direttore responsabile, ritenendo che la responsabilità di omesso controllo ex art. 57 c.p. debba essere riconosciuta solo ed esclusivamente a quest'ultimo e non nei confronti del direttore politico-editoriale.

⁵⁴ PALAZZO PALIERO., *Trattato teorico pratico di diritto penale*, cit. p.447, i quali mettono in risalto il problema dell'operatività dell'art.57-bis c.p. Nell'ipotesi in cui l'editore, pur non essendo indicato, sia comunque identificabile. L'orientamento più rigoroso della giurisprudenza di legittimità, ritiene sufficiente l'omessa indicazione delle informazioni obbligatorie ai sensi dell'art. 2 legge sulla stampa, ai fini dell'integrazione della responsabilità dello stampatore (Cass., Sez.I, 4 marzo 1963); sebbene non sono mancate pronunce maggiormente flessibili che ritengono sufficiente ad escludere la responsabilità dell'editore e dello stampatore, l'identificabilità rispettivamente dell'autore e dell'editore, altrimenti “*verrebbero favorite operazioni editoriali a rischio, tendenti a scaricare sugli stampatori, peraltro professionalmente meno qualificati, la responsabilità di editori noti ma intenzionalmente non indicati, così frustrando la finalità perseguita dalla norma di mantenere la responsabilità al livello più alto di professionalità*”.

La natura oggettiva della responsabilità ha portato la Corte Costituzionale⁵⁵ a pronunciarsi sulla questione, ritenendo insussistente un contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale sancito dall'articolo 27, comma 1, Cost. L'attuale formulazione dell'articolo 57 c.p.⁵⁶ prescinde dalla mera titolarità di un incarico professionale, ricollegando la responsabilità penale all'effettiva condotta di omesso controllo sul contenuto dello scritto ed escludendo in tal modo ogni ipotesi di responsabilità obiettiva.

Ciò ha consentito alla Suprema Corte⁵⁷ di addivenire alle seguenti conclusioni: l'evento del reato di omesso controllo è costituito dal reato commesso dall'autore dello scritto e non da una condizione obiettiva di punibilità; la responsabilità del direttore deve presentare il requisito soggettivo della colpa, individuata *ope legis* nell'inosservanza di una regola di condotta; e non può valere alcuna presunzione di colpa, anzi quest'ultima deve essere provata in concreto⁵⁸.

Il delitto di diffamazione a mezzo stampa, perpetrato dall'autore dell'articolo si pone, quindi, come evento del reato *ex art.57 c.p.* in rapporto di piena autonomia, per quel che ci interessa, rispetto alla fattispecie di diffamazione..

Da ciò deriva che l'accertamento della diffamazione sarà svincolato da quello dell'ipotesi di omesso controllo, ma la responsabilità per omesso controllo, essendo ancora su un fatto di reato, postula necessariamente la sussistenza della fattispecie *ex art. 595 comma 3 c.p.* commessa dall'autore dell'articolo.

Inoltre, non si potrà procedere nei confronti del direttore, in mancanza di un'esplicita richiesta di punibilità all'atto di querela⁵⁹.

⁵⁵ Si tratta della storica sentenza interpretativa di rigetto *Corte Cost.*, 15 giugno 1956, n.3, in *Giust.Civ.*, 1956, II, p.415, la quale pur non dichiarando l'incostituzionalità del vecchio art. 57 c.p. e dell'art. 3 legge sulla stampa, ha ritenuto necessario per la configurazione del reato un nesso di causalità materiale tra la condotta del direttore e l'evento, oltre che un nesso psichico, volto a conferire il carattere personale della responsabilità, escludendo la responsabilità oggettiva del delitto *de quo*.

⁵⁶ Così modificato ad opera della Legge, 4 marzo 1958, n.127

⁵⁷ *Cass.*, S.U., 18 novembre 1958, n.28, la prima sentenza delle Sezioni Unite successiva all'intervento della Corte Costituzionale.

⁵⁸ FUMO, *La diffamazione mediatica*, cit., p.145; cfr., *Cass.*, Sez. V, 25 febbraio 1983, n.2840, in *Cass.pen.*, 1984, p.1149, secondo cui: "la responsabilità del direttore responsabile che, con la sua condotta omissiva, abbia determinato una pubblicazione criminosa, scaturisce, a titolo di colpa e non oggettivamente, dalla violazione dell'obbligo giuridico di impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati".

⁵⁹ Quanto ai profili più strettamente procedurali di ricorda che la parte civile non possiede il potere di impugnazione per i capi penali ai sensi dell'articolo 577 c.p.p., essendo esperibile solo nei confronti dell'autore dello scritto e in ossequio ai principi generali del diritto penale, non potrà essere esteso al direttore responsabile *ex art 57 c.p.* poiché si porrebbe in violazione del divieto di analogia *in malam*

L'ambito operativo della colpa, fa riferimento ad una condotta a cui il direttore è tenuto *ex lege* e non ad un'ipotesi di colpa generica.⁶⁰ Infatti, la colpa non deriverebbe dalle generiche forme di negligenza, imprudenza e imperizia, bensì dall'inosservanza di una specifica regola di condotta, ossia il mancato esercizio del controllo.⁶¹

Il direttore andrà esente da responsabilità a titolo di colpa, nel caso in cui dimostri di aver fatto quanto in suo potere "*per prevenire la diffusione di notizie non rispondenti al vero, prescrivendo e imponendo regole e controlli, anche mediati di accuratezza, di assoluta fedeltà e di imparzialità rispetto alla fonte-notizia*"⁶².

Dovrà, poi, valutarsi se il titolare della posizione di garanzia avrebbe potuto porre in essere concretamente il controllo impostogli dalla legge, impedendo la verifica dell'evento lesivo.

L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, escluderanno la responsabilità per omesso controllo del direttore del quotidiano.

Il direttore dovrà operare un controllo sulla continenza e la rilevanza sociale della notizia posta alla sua attenzione, valutando, secondo il proprio giudizio personale, la sussistenza dei requisiti dell'interesse pubblico e della correttezza formale dello scritto.

Maggiore accuratezza è richiesta per la verifica della verità della notizia: al direttore è demandato il compito di conoscere e valutare il materiale da pubblicare e qualora lo stesso non presenti un contenuto lesivo per l'altrui reputazione, egli dovrà procedere ad una valutazione circa l'attendibilità delle fonti d'informazione, al fine di verificare l'esattezza dello scritto. Tale ultimo controllo, risulta complesso nella realtà, poiché è pressoché impossibile ripercorrere l'*iter* preciso che ha condotto il giornalista alla stesura dell'articolo. Tutt'al più, si ritiene che in casi siffatti, sia più opportuno ricorrere al

partem. Ciò non varrà qualora il direttore sia imputabile a titolo di concorso nel reato di diffamazione.

⁶⁰ FUMO, *La diffamazione mediatica*, cit., p.148, secondo cui l'art.57 c.p. ricollega l'omissione di controllo del direttore ad una forma di responsabilità oggettiva, mascherata dall'ingannevole riferimento alla colpa.

⁶¹ Cass., Sez. I, 10 dicembre 1990, n.350, secondo cui: "*l'art. 57 configura un reato autonomo punibile a titolo di colpa, la quale consiste non già in generiche forme di negligenza, imprudenza o imperizia, bensì nella inosservanza di una specifica regola di condotta e cioè nel mancato esercizio, sul contenuto del periodico, del controllo necessario ad impedire che con il mezzo della pubblicazione siano commessi reati*"; *Contra*, FUMO, *La diffamazione mediatica*, cit., p.148, ritiene l'omesso controllo previsto dall'articolo 57 ricollegabile alle tipiche forme della colpa generica: imprudenza, negligenza ed imperizia. Il mancato controllo viene ancorato a condotte disattente, superficiali o scarsamente professionali e non ad una precisa disposizione di legge. La condotta disattenta non è la causa dell'omissione, è l'omissione stessa, causata dalle condotte colpose.

⁶² Cass., Sez. I, 15 ottobre 2009, n.48119

parametro di valutazione della concreta *esigibilità*, svincolando il direttore dalla responsabilità penale⁶³.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità afferma che il direttore dovrà esplicitare il controllo sulla verità sostanziale del fatto narrato, senza essere tenuto a ripetere la procedura seguita dall'articolista nel reperimento della notizia e sull'affidabilità delle fonti, autorizzando la pubblicazione⁶⁴.

La correttezza del metodo di controllo operato dal direttore, escluderà la sua responsabilità *ex art.57 c.p.*⁶⁵

Al di fuori delle ipotesi di colpa, il direttore potrà essere chiamato a rispondere a titolo di concorso con l'autore dell'articolo, qualora dalla condotta omissiva emerga la volontà di cooperazione alla consumazione del reato, che avrebbe dovuto impedire. Affinché possa configurarsi l'ipotesi concorsuale, deve sussistere il dolo del direttore, che pur essendo cosciente della portata lesiva dell'articolo, procede alla sua pubblicazione.

La condotta potrà configurarsi anche come commissiva, consistente nell'attiva partecipazione al fatto diffamatorio, anche se non necessariamente attraverso la cooperazione nell'azione tipica.

Pertanto, il concorso potrà configurarsi sia nella sua accezione materiale, attraverso la collaborazione del direttore alla stesura dell'articolo; che morale, mediante istigazione o rafforzamento dell'altrui volontà criminosa.

La differenza tra la responsabilità a titolo di colpa rispetto all'ipotesi di concorso nel reato emerge dall'elemento soggettivo richiesto dall'articolo 110 c.p.: per affermare il concorso del direttore nella diffamazione commessa dall'articolista, occorre la dimostrazione del dolo nella pubblicazione della notizia in tutti i suoi connotati⁶⁶.

⁶³FUMO, *La diffamazione mediatica*, cit., p.152

⁶⁴ Cass., Sez. V, 2 luglio 2002, n. 32364 evidenzia il ruolo centrale che svolge l'accertamento del direttore sull'operato del giornalista, senza essere tenuto “*a ripetere personalmente la fatica del cronista*”.

⁶⁵ POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., p.248, ricostruisce la condotta di controllo del direttore nei termini che seguono. Egli deve visionare tutti gli scritti destinati alla pubblicazione, allo scopo di individuare quelli che presentino un contenuto lesivo dell'altrui reputazione; ove questa prima attività di controllo dia un risultato positivo, su tali scritti deve: i) direttamente controllare sia l'esistenza dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, che la mancanza di modalità espressive intrinsecamente offensive; ii) inoltre controllare indirettamente, cioè mediante un'attività di riesame delle procedure di acquisizione e riscontro poste in essere dal giornalista sulle notizie, l'autenticità di queste; iii) solo nel caso che la procedura seguita da chi ha raccolto la notizia sia metodologicamente corretta, sia sotto il profilo dell'affidabilità della fonte, che sotto quello dei necessari riscontri storici, il direttore può ritenere assolto il suo dovere di controllo e legittimamente autorizzare la pubblicazione.

⁶⁶ Cfr. Cass., Sez.V, 2 maggio 1990, n.11494

Il concorso deve ritenersi integrato anche nel caso in cui il direttore si sia limitato a pubblicare una notizia diffamatoria, con la consapevolezza di non poter ricorrere a nessuna causa di giustificazione.

Da ciò emerge la precisa volontà da parte del direttore di diffondere la notizia lesiva dell'altrui reputazione, pur sussistendo in capo allo stesso l'obbligo giuridico di impedire l'evento: troverà applicazione, condivisibilmente, l'articolo 40, comma 2, c.p. e non l'articolo 57 C.p., poiché l'ipotesi in parola esula dalla fattispecie colposa di omesso controllo ma presuppone che sia riscontrabile l'elemento soggettivo doloso.⁶⁷

Ulteriore questione problematica, è quella attinente la delega di funzioni da parte del direttore del giornale. La giurisprudenza di legittimità, così come quella costituzionale, si è espressa in senso negativo, affermando la responsabilità del direttore per omesso controllo, a prescindere dalla suddivisione all'interno dell'azienda delle funzioni da svolgere: il dovere di controllo facente capo al direttore del giornale, non è, dunque, delegabile.⁶⁸

L'interpretazione dell'articolo 57 c.p. impone l'assoluta coincidenza tra la funzione di direttore responsabile e la posizione di garanzia.

La *ratio* di tale impostazione, è riscontrabile nel fatto che il direttore, per la funzione e la posizione che ricopre, è ritenuto maggiormente in grado di porre in essere un controllo sull'attività svolta dai suoi collaboratori.⁶⁹

⁶⁷ Cass., Sez. V, 8 giugno 1992, n. 8848, secondo cui il direttore, essendo anch'egli un giornalista, esperita la verifica di legalità sul contenuto della notizia diffamatoria, non potrà essere scriminato *ex art.51 c.p.*, ravvisandosi piuttosto che un'omissione colposa, la condotta prevista dall'art.40 cpv. c.p. "*quando il contenuto offensivo è ictu oculis riconoscibile (dal lettore non meno dal direttore), quando il rilievo che viene dato alla notizia è nell'economia della pagina stampata (o della rubrica teletrasmessa), tale da non poter sfuggire all'attenzione di chi ha compiti di coordinamento e controllo, allora la prova del concorso del direttore nel reato di diffamazione mediatica è certamente desumibile dalle circostanze stesse, esteriorizzate nella pubblicazione, quali – innanzitutto ovviamente - il contenuto del servizio, poi la sua correlazione con il contesto sociale dal quale trae ispirazione, la forma della esposizione, l'evidenza e la collocazione tipografica ad esso assegnata nello stampato*".

⁶⁸ Corte Cost. n.198/1982

⁶⁹ FIANDACA G., *È ripartibile la responsabilità penale del direttore di stampa periodica ?*, in *Giur. it.*, 1983, I, p.572, affronta il problema di stabilire in quali casi potrà ritenersi esplicito concretamente il dovere di controllo del direttore, soprattutto nell'ipotesi di quotidiani a grande diffusione nazionale. Nelle grandi aziende il direttore è impegnato da incombenze così eterogenee che diventa necessario delegare ai capiredattori ed ai capiservizio, in base al principio fiduciario dell'affidamento del compito di redigere il giornale conformemente alle direttive impartite; Corte Cost., 24 novembre 1982, n.198, investita della questione riguardante il profilo della discriminazione tra direttori di piccoli e grandi periodici, ha respinto la soluzione di frazionare le responsabilità in rapporto alla diversità dei compiti e dei ruoli spettanti a tutti coloro che esercitano funzioni di effettivo controllo nelle diverse fasi di creazione del periodico "*a causa*

La normativa sulla stampa non è soggetta ad estensione nei confronti degli altri mezzi di comunicazione di massa, in particolare, per quel ci riguarda, *Internet*.

Tra le prime e più rilevanti sentenze di legittimità intervenute materia si ricorda la n. 35511/2010⁷⁰, che si è occupata di circoscrivere l'ambito di operatività dell'art. 57 c.p. alla sola stampa cartacea.

Ripercorrendo le argomentazioni condivise dal Collegio, si riflette sulla circostanza che *Internet* non rientrerebbe nella definizione di “stampa” fornita dall'articolo 1, l. 47/1948, che richiede oltre alla destinazione alla pubblicazione, che si tratti di “*riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici*”.

Il principio di tassatività del diritto penale, esclude l'applicabilità dell'articolo 57 c.p. ai mezzi d'informazione diversi dalla stampa, non potendo assimilarsi al giornale telematico quello stampato, in conformità al divieto di analogia in *malam partem*. Inoltre, la Suprema Corte richiama la legge sull'editoria n. 62/2001, rilevando come non essendo stata introdotta, in tale occasione, alcuna responsabilità in capo al direttore del periodico *on line* per omesso controllo, non può che trattarsi di una scelta ben precisa del legislatore.

La posizione giurisprudenziale, assai granitica sul punto, ha destato la preoccupazione di molti esponenti del mondo della politica; sono state avanzate diverse proposte legislative volte ad estendere l'applicabilità dell'art. 57 al direttore del periodico telematico, confermando l'attuale insussistenza a suo carico di una responsabilità colposa per omesso controllo⁷¹.

degli inconvenienti cui potrebbe dar luogo la previsione di più soggetti responsabili per ciascun settore del periodico, posta l'unitarietà della pubblicazione e l'esigenza di riferire ad un solo soggetto, per la concreta individuazione delle responsabilità, le conseguenze, di fronte ai terzi, della eventuale illegittimità della condotta di chi deve sovrintendere al buon andamento dell'attività del giornale. Ciò non toglie, ovviamente, che la situazione dei grandi periodici, le cui ampie dimensioni comportano crescente complessità delle strutture, vastità di materiale elaborato, molteplicità di edizioni locali, si presenti con aspetti peculiari rispetto alla problematica in esame. Né può negarsi che l'attuale disciplina comporti inconvenienti per quanto riguarda le difficoltà che il responsabile unico può incontrare nell'osservanza degli obblighi che gli incombono. Trattasi tuttavia di circostanze inerenti alle modalità di fatto dell'attuazione della disciplina che, come tali, non rientrano direttamente nella previsione normativa e non sono quindi idonee, di per sé, a costituire motivo di illegittimità costituzionale”.

⁷⁰ Cass., Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 35511 in *Dir. Inf.*, 2010, p. 895 ss

⁷¹ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.542 ss.

Alcuni argomentano che la quantità di dati veicolati in rete impedirebbe qualsiasi tipo di controllo, divenendo inesigibile per il direttore della testata *on line* porre in essere le verifiche necessarie volte ad escluderne la responsabilità penale⁷².

Molti siti di quotidiani telematici consentono ai lettori di poter commentare *on line* le notizie d'interesse, ma chi risponde degli eventuali commenti offensivi postati dai lettori?

La giurisprudenza di legittimità ha ribadito l'impossibilità di estendere la responsabilità *ex art. 57 c.p.* in capo al direttore di una testata *on line*, poiché le pubblicazioni su *Internet* non sono riconducibili alla nozione di stampato e soprattutto per l'impossibilità di filtrare i *post* dei lettori.⁷³

Dunque, il rischio è che si prospettino vaste aree di impunità per coloro che commettono illeciti attraverso i nuovi mezzi di comunicazione. A tal fine, sarebbe auspicabile un intervento regolatore del legislatore, volto a delimitare il confine tra ciò che è lecito e ciò che è illecito, soprattutto in un'ottica di cooperazione internazionale.

Approfondiremo la questione al successivo § 4, dedicato ad un confronto dinamico tra editoria *on-line* ed editoria cartacea nel quale sarà ripresa la questione della responsabilità del direttore e esprimeremo la nostra opinione in proposito.

3. La responsabilità degli operatori di internet

Il *core* delle questioni concernenti la responsabilità omissiva per diffamazione si addensa attorno alla responsabilità per omesso controllo di alcuni soggetti titolari di particolari qualifiche extra-penali.

La prima, e più rilevante, di queste figure è costituita dall'*Internet Service Provider*, sul quale ora soffermeremo la nostra attenzione.

⁷² Tale la tesi avallata da *Cass., Sez. V, 29 novembre 2011, n. 44126* secondo cui il direttore di un periodico online non è responsabile per il reato di omesso controllo, *ex art. 57 cod. pen.*, “*sia per l'impossibilità di ricomprendere detta attività online nel concetto di stampa periodica, sia per l'impossibilità per il direttore della testata online di impedire le pubblicazioni di contenuti diffamatori postati direttamente dall'utenza*”.

⁷³ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p. 545 ss. ritiene necessario trovare, quanto prima, un giusto punto di contemperamento degli interessi in gioco, “*individuando, in via interpretativa o con una norma ad hoc, un obbligo di rimozione degli scritti diffamatori, a richiesta di parte o in via autonoma, maggiormente incisivo e pressante in ragione dell'evidenza della lesione dell'altrui reputazione.*”

Punto nodale dell'intervento non potrà che essere il divieto di immettere contenuti in Internet in maniera anonima, stabilendosi la responsabilità civile, penale e amministrativa anche per coloro che, fuori dal territorio nazionale, concorrano alla violazione di tale norma”.

3.1. *Le differenti tipologie di provider*

L'attività di comunicazione telematica presenta notevoli ripercussioni sull'identificazione dei soggetti responsabili degli illeciti, motivo per cui si è avvertita l'esigenza di responsabilizzare alcune figure "qualificate".

Non può sfuggire, infatti, come anche nel caso di diffamazione un primo aspetto problematico concerne spesso l'identificazione dell'autore dell'illecito⁷⁴.

Nel caso concreto permangono numerose difficoltà di identificazione del responsabile dell'illecito, sebbene sia possibile accertare l'indirizzo *IP (Internet Protocol)* al fine di poter risalire all'elaboratore mediante il quale sia stato commesso l'illecito. Si può ricorrere, infatti, a false dichiarazioni di identità da parte dell'utente, nonché all'utilizzo fraudolento di *id e password* per l'accesso in rete e l'impiego di un medesimo elaboratore da parte di più soggetti.⁷⁵ Inoltre, vi sono i c.d. *anonymous remailer*, siti che permettono la navigazione in forma anonima, rendendo ancora più complesso risalire al soggetto agente.

Ecco che l'impossibilità di identificare l'autore materiale dell'illecito ha posto il problema della configurazione di un'eventuale responsabilità in capo all'*Internet*

⁷⁴ DE MARTINI C., *Telematica e diritti della persona*, in *Dir. Inf.*, 1996, p.855 evidenzia come le peculiarità del mezzo telematico rendano ardua l'identificazione dei vari soggetti che operano su di esso: spesso l'autore di un messaggio *on line* resta conosciuto sia agli utenti in rete che al fornitore del servizio, e ciò è ancora più accentuato nelle *chat lines*. Altrettanto complessa è l'individuazione dell'editore di un determinato messaggio in rete, la cui responsabilità si fonda, così come quella del direttore responsabile, sulla possibilità di esercitare un controllo editoriale sul contenuto del messaggio diffuso, configurandosi come *culpa in vigilando*. Si pone, poi, l'ulteriore problema dell'identificazione dei prestatori di servizi.

⁷⁵ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. Inf.* 2000, p. 833 sottolinea come le difficoltà di individuazione del responsabile dell'illecito siano moltiplicate nel mondo virtuale di Internet. Le tecnologie telematiche non consentono di pervenire all'effettiva identificazione dell'utente che ha compiuto la violazione, sebbene l'accesso alla rete sia reso possibile tramite un codice d'accesso, cd. *login* e una *password*: "*tale tecnica consente di identificare il nome d'accesso dell'utente responsabile attraverso il cd. log file contenente il nome dei login e la memoria dei tempi di accesso di ogni utente, ma può accadere che tale nome sia stato in precedenza sottratto, unitamente alla password, ed utilizzato fraudolentemente da terzi proprio al fine di evitare ogni conseguenza*". Difficoltà analoghe sussistono quando il medesimo nome di accesso alla rete è utilizzato da una pluralità di soggetti, allorché il personal computer si trovi a disposizione di più agenti nell'ambito della stessa struttura. In tal caso, è possibile risalire al punto di partenza del messaggio ma senza la possibilità di risalire con certezza all'autore dell'illecito. A tutto ciò si aggiungono le peculiarità della rete, che ponendosi come mezzo dal carattere decentrato e globalizzato, consente di danneggiare un soggetto attraverso l'immissione di contenuti da un luogo in cui la normativa applicabile non rende possibile perseguire il responsabile anche nel caso in cui venga identificato con esattezza. Per tali motivi, pressoché in tutti gli ordinamenti occidentali è stata adottata la soluzione di attribuire al *service provider* la responsabilità per gli illeciti derivanti dal materiale immesso o dalle affermazioni effettuate su spazi virtuali messi a disposizione dal *provider* stesso.

Provider, a prescindere dalla responsabilità dell'autore effettivo dell'illecito.⁷⁶

Così introdotto il tema, è ora necessario individuare un criterio di riferimento a cui poter attingere al fine di imputare l'illecito al *provider*; nel far ciò pare anzitutto opportuno definire in termini compiuti questa particolare figura.

Le aziende che forniscono servizi di connessione, trasmissione e memorizzazione dei dati in rete, si definiscono *Internet Services Providers*. Trattasi di soggetti intermediari che stabiliscono un collegamento tra chi intende generare un'informazione ed i destinatari della stessa.⁷⁷ Qualsiasi attività posta in essere in rete, non può che avvenire attraverso l'intermediazione di un *provider*, divenendo indispensabile verificare il ruolo concretamente rivestito da quest'ultimo ai fini della configurabilità o meno della responsabilità.

È necessario accertare se il *provider* abbia tenuto una condotta attiva di partecipazione all'illecito, producendo egli stesso l'informazione offensiva, oppure se l'autore della fattispecie criminosa si sia meramente servito delle infrastrutture di comunicazione del *provider*. Nella prima ipotesi sussisterà una responsabilità per fatto proprio in capo al

⁷⁶ SABETTA S., *La responsabilità nella cultura informatica*, in www.diritto.it, 12 aprile 2012, rileva che la deresponsabilizzazione in ambito informatico da parte dell'autore dell'illecito, diviene una proiezione esclusivamente sull'azione altrui: “L'irresponsabilità di fatto che si nasconde nel cercare di addossare ad altri i propri doveri, fa sì che vi sia un ribaltamento anche nel mondo giuridico attraverso la creazione di doveri che non dovrebbero sussistere in quanto sempre appartenuti ad altri ruoli, con un continuo infinito spaccettamento di diritti e responsabilità”. In argomento pure v. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono*, in *Giur. Mer.*, 2004, p.2526, L'Autrice rileva che la quantità di dati veicolati in rete rende impossibile un controllo preventivo da parte del *provider* e quindi di una sua responsabilità per colpa. L'avanzamento tecnologico ha reso possibile un incremento dei contenuti, rendendo impraticabile qualunque posizione di controllo sia umano, che automatizzato. “Il principio d'inesigibilità assurge, dunque a criterio guida della soluzione negativa che esclude – in termini di politica criminale – la legittimità costituzionale (in relazione al principio di colpevolezza) dell'introduzione di fattispecie penali proprie degli operatori telematici impositive di obblighi di controllo penalmente sanzionati sui contenuti delle trasmissioni diffuse e dei dati immessi da terzi”.

⁷⁷ D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, Milano, 2012, p.11, fornisce una sintetica classificazione delle categorie di *providers*, che si distinguono in *content provider* (fornitore di contenuti autore quindi anche dei materiali multimediali pubblicati sui propri server), *network provider* (fornitore di accesso alla rete attraverso la dorsale internet), *access provider* (l'operatore che offre alla clientela l'accesso ad internet attraverso modem o connessioni dedicate), *host provider* (che fornisce ospitalità ai siti internet), *service provider* (fornisce servizi internet, come accessi o telefonia mobile), *cache provider* (che immagazzina dati provenienti dall'esterno in un'area di allocazione temporanea, denominata per l'appunto cache, al fine di accelerare la navigazione in rete). Alla luce delle differenti tipologie di servizi offerti dal *provider*, risulta essenziale comprendere quale delle suddette attività vengano esercitate in concreto ai fini della configurabilità della responsabilità.

provider, avendo provveduto all'immissione in rete del materiale illecito; nel secondo caso, mancando una qualsiasi partecipazione attiva alla commissione del fatto, la responsabilità potrà essere ascritta solamente all'autore dell'illecito.

Tuttavia, anche in tale ipotesi, si tende ad operare un'estensione della responsabilità in capo all'*Internet provider*, non risultando agevole addivenire all'identificazione dell'autore materiale dell'illecito, ciò in quanto è sempre possibile risalire all'*Internet provider* che consentendo l'accesso alla rete agli utenti, fa sì che gli illeciti possano essere perpetrati nel cyberspazio.

Ai fini della configurazione della responsabilità assume centrale importanza l'esatta individuazione dei servizi effettivamente prestati dall'intermediario e del rapporto intercorrente con i destinatari del servizio. L'affermazione vale tanto per la responsabilità penale, quanto per quella civile: dalla tipologia della prestazione offerta all'utente è infatti possibile desumere anche la configurabilità o meno di una responsabilità extracontrattuale degli operatori telematici, con il conseguente insorgere di un'obbligazione risarcitoria in favore del terzo danneggiato⁷⁸.

Il legislatore comunitario è intervenuto *in subjecta materia* con la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, al fine di riequilibrare gli interessi in gioco ed istituire i principi cardine su cui basarsi.

⁷⁸ BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider*, cit. p.833 ss sottolinea, con riferimento ai profili civilistici di responsabilità che si tratterebbe di ascrivere una responsabilità oggettiva in capo al *service provider* per tutti gli illeciti scaturenti dai dati presenti negli spazi virtuali che egli abbia fornito, pur non avendo in alcun modo contribuito alla formazione degli stessi dal punto di vista contenutistico. In tali casi, il *provider* opererebbe come custode dei contenuti dei siti ai sensi dell'art.2051 c.c. e risponderà dei danni derivanti dall'omesso controllo sulle informazioni da cui scaturisce il danno, a meno che non fornisca la prova che l'evento dannoso si è verificato per caso fortuito. Inoltre, potrebbe anche sostenersi che i *providers* esercitino un'attività pericolosa e siano soggetti alla responsabilità ex art.2050 c.c. La dottrina prevalente ravvisa nella responsabilità da attività pericolosa una responsabilità oggettiva fondata sul rischio di impresa, o sull'esposizione al pericolo, nonché sul fatto stesso di esercizio di attività pericolosa come previsto dalla norma. Pertanto, "dovrebbe essere rinvenibile in capo all'ISP non solo un obbligo ma anche un potere di controllo od una possibilità di mettere in atto misure idonee ad evitare la produzione di danno affinché si possano utilizzare nei confronti di tali soggetti questi criteri d'imputazione". Tuttavia, tali attività non sono tecnicamente possibili rispetto al contenuto dei dati immessi in rete da parte degli utenti, in quanto il *provider* non è in grado di effettuare un controllo né preventivo, né successivo sugli stessi: il controllo preventivo si rivelerebbe antieconomico, mentre quello successivo non sarebbe in grado di apportare alcuna garanzia, ben potendo l'utente intervenire liberamente per modificare i dati immessi nel sito gestito dal provider. Inoltre, gran parte del materiale informativo presente in rete è di carattere notiziale e ciò consentirebbe di ipotizzare una responsabilità editoriale del provider, ma tale possibilità impone di verificare l'equiparabilità del provider all'editore, riproponendosi tutte le difficoltà applicative degli artt. 2050, 2051 c.c. al *provider*.

Sulla base delle indicazioni comunitarie, è stato emanato il D. Lgs, 9 aprile 2003, n.70, di attuazione della direttiva sul c.d. *commercio elettronico*, che disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi negli articoli da 14 a 17.⁷⁹

Partendo dall'art.14, esso disciplina l'attività di semplice trasporto delle informazioni, ovvero la c.d. *mere conduit*.⁸⁰ Per trasporto si intende un'attività meramente passiva, equiparabile sostanzialmente a quella degli operatori telefonici sebbene non assimilabile *tout court* a quest'ultima, per la possibilità di intervento del *provider* sul flusso delle comunicazioni telematiche.

La responsabilità avrà luogo soltanto nei casi in cui il *provider* abbia dato origine alla trasmissione, selezionato il destinatario e modificato le informazioni trasmesse. La trasmissione delle informazioni si riferisce a quelle del destinatario, non configurandosi l'attività di intermediazione in riferimento alla trasmissione di informazioni proprie.

Nel corso della trasmissione dei dati è ammessa la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria e la durata della stessa non deve eccedere il tempo necessario al raggiungimento di tale scopo.

Il *provider* dovrà quindi svolgere un'attività meramente tecnica passiva, limitandosi a trasferire le informazioni senza conoscerne o controllarne il contenuto, per poter beneficiare dell'esenzione da responsabilità. Ogni ingerenza del fornitore *mere conduit*

⁷⁹ D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, cit., p.20 ss., ritiene che le disposizioni del legislatore comunitario e nazionale delineino le attività al cui verificarsi verrebbe meno la responsabilità del *provider*: “i criteri di esenzione della responsabilità, pertanto, sono eminentemente oggettivi, essendo fondati sul tipo di attività di volta in volta esercitata dall'operatore, a nulla rilevando eventuali caratteristiche soggettive ovvero tipologiche del prestatore di servizi stesso”. Inoltre, l'A. rileva che la riduzione delle attività svolte dai *providers* alle sole categorie contemplate dalla legge, non risulta adeguata per tutti i possibili illeciti telematici, escludendo quegli illeciti ascrivibili a titolo di responsabilità per fatto proprio, la cui disciplina viene demandata agli ordinari criteri di imputazione della responsabilità.

⁸⁰ L'art. 14 del Decreto citato (Responsabilità nell'attività di semplice trasporto) stabilisce che: “1. 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. 2. 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. 3. 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”.

sarà considerata indebita ed integrerà un'ipotesi di responsabilità per interferenza nella trasmissione.

Ovviamente, stante il ruolo passivo del prestatore del servizio, non sussiste in capo ad esso un obbligo di prevenzione, interruzione o rimozione dell'illecito, potendo essere imposto soltanto da un'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza.

Fonte di maggiore responsabilità per gli intermediari è l'attività di *caching*, ovvero la memorizzazione, automatica, intermedia e temporanea delle informazioni trasmesse, al solo scopo di assicurare il successivo inoltra ad altri destinatari, su loro richiesta.⁸¹ Si tratta delle ipotesi di intermediari che assicurino ai clienti il mantenimento delle *mailing-lists* o di *newsgroups*.

Ai fini della delimitazione della fattispecie, la disposizione non specifica se i tre caratteri debbano ricorrere cumulativamente o alternativamente. Appare preferibile la soluzione che ritiene i tre requisiti predisposti dalla norma in parola, necessari in maniera congiunta per l'attività di memorizzazione, che dovrà essere automatica, intermedia e temporanea.

Anche nell'ipotesi di attività di *caching*, il provider non dovrà essere coinvolto in alcun modo nell'informazione trasmessa per poter beneficiare dell'esenzione da responsabilità: la memorizzazione temporanea ed intermedia di informazioni dovrà configurarsi come un'operazione di carattere transitorio, meramente tecnica ed automatica, senza implicare la conoscenza reale ed effettiva delle informazioni da parte del prestatore.

Non diversamente dal primo caso, anche questo tipo di *provider* per poter beneficiare delle esenzioni di cui all'art.15 del D.Lgs. n.70/2003, dovrà tenere un comportamento tale

⁸¹ D.Lgs. n.70/2003, Art.15 (Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea - Caching): “1. 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. 2. 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”.

da non incidere sulle informazioni modificandole⁸². La sua attività dovrà essere conforme alle condizioni di accesso alle informazioni e alle norme di aggiornamento; non interferire con l'uso lecito di tecnologie ampiamente riconosciute ed utilizzate nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; inoltre dovrà agire prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per rimuovere l'accesso, non appena venga a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo in cui 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.

Tuttavia, dall'analisi di tali condotte esonerative, connotate da particolare genericità, emerge l'impossibilità da parte del legislatore di fissare parametri tecnici ben definiti in via preventiva, giustificando così, il ricorso alla tecnica del rinvio alla prassi e agli *standard* operativi adottati dalle imprese del settore a cui gli operatori devono uniformarsi per non incorrere in responsabilità per le attività illecite degli utenti.

Difficoltà interpretative si pongono anche in relazione al principio di effettiva conoscenza dell'attività illecita *ex art.15, comma 1, lett.e)*, non essendo ravvisabile alcun collegamento a livello formale con un previo provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa che obblighi il provider a rimuovere le informazioni lesive.

L'interpretazione più plausibile, ritiene sufficiente una semplice comunicazione, da chiunque proveniente, portando a conoscenza dell'autorità competente un provvedimento solo nel caso in cui abbia disposto la rimozione o la disabilitazione e non nel caso in cui tali operazioni siano eseguite da un terzo.

L'ultima attività presa in considerazione dal D.Lgs. 70/2003 concerne il cd. *hosting*, che consiste nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio.

L'articolo 16 del Codice del commercio elettronico⁸³ stabilisce che il prestatore non è

⁸² D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, cit., p.27 ritiene che non possano considerarsi modifiche dell'informazione le semplici manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione, che non alterino il contenuto e l'integrità dell'informazione trasmessa. Impostazione confermata dal tenore letterale del *Considerando* n.43 della Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, secondo cui: "*tale requisito non pregiudica le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione in quanto esse non alterano l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione*".

⁸³ La norma (Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – *Hosting*) dispone: "*1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a*

responsabile laddove non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione. Qualora il prestatore del servizio eserciti l'attività di *hosting* nonostante la conoscenza effettiva del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e nonostante sia al corrente di fatti o circostanze che rendano tale illiceità manifesta, non potrà andare esente da responsabilità.

Il giudizio sull'illiceità di un contenuto richiede valutazioni giuridiche complesse e in mancanza di una specifica segnalazione, il *provider* dovrà considerarsi immune da responsabilità anche se avesse il sospetto della presenza di un contenuto possibilmente ma non necessariamente illecito, come nel caso di un messaggio potenzialmente diffamatorio.

Il *provider* è tenuto ad agire in via immediata per rimuovere le informazioni illecite o disabilitarne l'accesso, non appena ne sia venuto a conoscenza su comunicazione delle autorità competenti, o abbia provveduto tempestivamente ad informare le autorità in esito a segnalazioni pervenutegli.

Le segnalazioni ricevute dagli interessati, concernenti la presenza di informazioni possibilmente lesive, dovrebbero spingere il *provider* ad attivarsi, informando l'autorità competente, anche qualora l'illiceità dei contenuti non sia certa. In assenza di tali segnalazioni da parte dei potenziali danneggiati, solo l'effettiva conoscenza di circostanze tali da rendere l'illiceità manifesta e indiscutibile nel caso concreto potrebbe fondare una responsabilità del *provider*⁸⁴.

È possibile che l'*hosting provider* non si attivi per la rimozione delle informazioni lesive, pur essendo stato informato dalle autorità competenti della illiceità delle stesse e delle attività dell'utente.

Anche in riferimento a tale norma emergono problemi interpretativi.

conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”.

⁸⁴ D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, cit., p33, ritiene che la conoscenza “per essere effettiva dovrebbe concernere circostanze tali che l'illiceità sussista “al di là di ogni ragionevole dubbio”, non potendosi ritenere sufficiente la mera possibilità di conoscere tali evenienze”.

La disposizione di cui alla lettera a) della prescrizione in esame, presenta una notevole ambiguità rispetto alla distinzione riguardante l'ipotesi delle azioni risarcitorie, rispetto alla mera conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita. Tale distinzione rilevarebbe rispetto alle caratteristiche proprie della responsabilità civile rispetto alla responsabilità penale da collegarsi rispettivamente al fatto che il *provider* sia al corrente di fatti o circostanze che rendono evidente l'illiceità dell'attività o dell'informazione, oppure ad una conoscenza effettiva dell'illiceità.

Inoltre, la previsione di cui alla lettera b) attraverso un riferimento generico alla comunicazione dell'autorità competente, lascia aperta la questione delle formalità con cui la stessa possa avvenire.

Tuttavia, la disposizione subordinando l'obbligo di rimozione delle informazioni illecite o di disabilitazione dell'accesso ad un accertamento da parte delle autorità competenti attraverso l'emanazione di un provvedimento, evita che l'indagine e la successiva decisione circa la commissione dell'illecito da parte di un utente venga demandata in via esclusiva al provider, chiamato ad esercitare funzioni inquirenti, giudicanti e censorie.

Inoltre, se si ritiene che la conoscenza dell'illiceità dell'informazione, sulla base della comunicazione dell'autorità competente, sia riferibile alla sola responsabilità penale si introduce una notevole differenza tra i due regimi di responsabilità: la responsabilità penalmente rilevante del *provider* emergerebbe soltanto nel caso in cui non si sia attivato per la rimozione delle informazioni o l'impedimento dell'accesso, nonostante sia venuto a conoscenza dell'illiceità del fatto attraverso una comunicazione da parte dell'autorità competente; la responsabilità civile si configurerebbe anche nel caso in cui non si sia reso conto dell'evidente illiceità dell'attività o dell'informazione.

L'espresso riferimento alla "*conoscenza di tali fatti*", non operando distinzioni in merito alla rilevanza della manifesta illiceità di fatti interni o esterni al rapporto contrattuale, fa desumere che si riferisca a tutti i fatti nel loro complesso, con la conseguenza che non sussisterebbe alcuna distinzione tra responsabilità penale e civile, ben potendo rilevare anche ai fini della responsabilità civile, l'inerzia del *provider*, successiva alla conoscenza effettiva dell'illiceità in base alla comunicazione dell'autorità competente.

La responsabilità del *provider* si collega al duplice requisito della conoscenza dell'illecito e dell'inerzia, non essendosi attivato per impedire l'accesso o per rimuovere

le informazioni, rilevando ai fini della responsabilità non la semplice conoscenza dell'illecito, bensì il fatto che nonostante la conoscenza effettiva dell'illiceità egli non si sia attivato.

Pertanto, diventa di fondamentale importanza individuare quando il prestatore sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'attività o dell'informazione.

Il legislatore affianca all'effettività della conoscenza, il riferimento a fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione.

Aderendo alla tesi secondo la quale il prestatore è responsabile, sia civilmente che penalmente, solo nel caso in cui non si sia prontamente attivato dopo aver ricevuto la comunicazione da parte dell'autorità competente circa l'illiceità dell'attività o dell'informazione, non potrà richiedersi una particolare diligenza in capo al prestatore, in quanto tenuto ad attivarsi soltanto dopo aver ricevuto la comunicazione da parte delle autorità.

Se invece si aderisce all'impostazione di senso contrario, che ritiene civilmente responsabile⁸⁵ il *provider* anche nel caso in cui non si sia accorto di fatti o circostanze tali da rendere manifesta l'illiceità dell'informazione, si ricadrà in un'ipotesi di responsabilità per *colpa professionale*: il prestatore del servizio dovrà adeguare lo svolgimento della propria attività alla diligenza professionale, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

Infatti, l'*hosting provider* ha maggiori possibilità di controllare e conoscere il materiale che transita sul proprio *server* e qualora emergano evidenti indizi di illiceità sarà responsabile per aver colposamente ignorato la manifesta illiceità dei fatti, non avendo prestato la diligenza dovuta.

Ulteriori questioni problematiche emergono dal comma 2 dell'art.16, il quale prevede che le condizioni di esclusione della responsabilità del provider non si applicano nel caso in cui il destinatario del servizio agisca sotto il controllo del prestatore.

Qualora emergano dei contratti di *hosting* con facoltà di verifica del *provider* dei dati immessi dall'utente e di rimozione dei contenuti illeciti, sarà ravvisabile una possibile responsabilità, quantomeno concorrente, in capo al prestatore di servizi, ciò in quanto il responsabile del sistema ha sempre la possibilità di verificare i contenuti dei siti, anche

⁸⁵ Il terzo dovrebbe avere il diritto al risarcimento del danno non solo nel caso in cui il provider non si sia attivato, dopo aver ricevuto una comunicazione da parte dell'autorità competente, ma soprattutto in ogni caso in cui abbia ricevuto un pregiudizio derivante anche da una condotta negligente dello stesso, che avrebbe dovuto conoscere l'illecito ed intervenire prontamente per porre fine alla violazione.

se tale controllo diviene difficilmente realizzabile.

La norma di chiusura relativa a tutte le attività del provider è l'articolo 17 del decreto legislativo n.70/2003 che dispone l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore di servizi in relazione alla liceità delle informazioni trasmesse o memorizzate, oltre che l'inesistenza di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanza che indichino la presenza di attività illecite⁸⁶.

Il *provider* ha l'obbligo giuridico di informare tempestivamente l'autorità giudiziaria o amministrativa di presunte attività illecite dei destinatari dei servizi, nonché di fornire tutte le informazioni necessarie richieste, atte a consentire l'identificazione degli autori degli illeciti. Qualora il *provider* non abbia agito prontamente per impedire l'accesso al contenuto illecito o non abbia provveduto ad informare l'autorità, pur avendo avuto conoscenza dell'illiceità del contenuto o del carattere pregiudizievole per un terzo, sarà sicuramente configurabile una responsabilità civile in capo ad esso. *Quid iuris*, in questo caso, sul piano della responsabilità penale? Il tema è certamente complesso.

Alla luce delle garanzie costituzionali della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà della segretezza della corrispondenza, oltre che le disposizioni a tutela della *privacy*, al prestatore dei servizi non può essere imposto un obbligo di controllo sui materiali circolanti in rete, accedendo ai contenuti delle conversazioni tra privati. Una condotta di controllo sarebbe inesigibile dal punto di vista pratico, dato l'innunerevole quantitativo di informazioni quotidianamente immesse in rete, passibili di essere modificate direttamente dall'utente nei siti ospitati.

⁸⁶ L'art.17 (Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza) dispone che: “1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. 3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”. Tale norma assume particolare importanza, poiché evita che si possa configurare una responsabilità oggettiva in capo al provider per illeciti telematici commessi dagli utenti in rete.

Non sarà configurabile quindi una responsabilità analoga a quella prevista dall'art.57 c.p. per il direttore responsabile di un quotidiano, in quanto i contenuti sono esponenzialmente più vasti e continuamente mutevoli, rendendo impraticabile qualsiasi imposizione di controllo sia umano che automatizzato.

Vige dunque, il principio dell'inesigibilità che esclude la legittimità dell'introduzione di fattispecie penali proprie degli operatori telematici impositive di obblighi di controllo penalmente sanzionati sui contenuti dei dati trasmessi o immessi da terzi, ciò alla luce del principio di colpevolezza nel diritto penale *ex art.27 Cost.* Queste prime acquisizioni meritano però un approfondimento sulla scorta dei principi generali che regolano la materia penale.

3.2. La responsabilità penale degli Internet Service Providers

Si è detto che la disciplina del D.lgs. 70/2003 prevede norme destinate ad operare indifferentemente sia sul piano civile che penale, dando vita ad elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali non coincidenti nei due settori. Tuttavia, le tendenze dottrinali verso la dilatazione della responsabilità penale del *provider* devono essere contenute in forza dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario e adeguata alle garanzie del diritto penale⁸⁷.

Sul piano della responsabilità penale dei fornitori di servizi in rete, essa varia in funzione della tipologia del servizio utilizzato.

La responsabilità può essere commissiva o a titolo omissivo.

Partendo dalla condotta attiva, nessun dubbio può sussistere in ordine alla responsabilità di chi abbia immesso propri contenuti dando origine alla trasmissione delle informazioni e ponendosi come autore dell'illecito (*content provider*) e lo stesso deve ritenersi valido per il *provider* che sia intervenuto modificando tali informazioni e assumendone quindi, la titolarità. Ciò sarà valido anche qualora il *provider* si limiti a riportare contenuti illeciti provenienti da altri siti diffondendoli nuovamente mediante collegamenti ipertestuali, ovvero decide in ordine a tale diffusione in forza dei suoi poteri

⁸⁷ La Direttiva 2000/3/CE al "considerando" n.8 lascia intendere come il legislatore comunitario abbia voluto enunciare regole volte a costituire un autonomo sottosistema, valido agli effetti civili, penali e amministrativi per gli operatori della rete: "La presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, e non di armonizzare il settore del diritto penale in quanto tale".

di controllo e moderazione o seleziona i destinatari.

Dalla prospettiva concorsuale, si deve considerare che l'utente del servizio agisce sotto il controllo del *provider* ex art.16, comma2, D. Lgs. 70/2003. Se quest'ultimo agevola il reperimento di contenuti illeciti attraverso un'attività di catalogazione o indicizzazione, si pone il problema del contributo causale prestato dal *provider* attraverso la fornitura dell'accesso o la memorizzazione dei contenuti sul proprio *server* o la loro aggregazione. La partecipazione potrà essere anche di tipo morale, qualora il provider metta a disposizione degli utenti informazioni e mezzi tecnici indirizzati al compimento dell'illecito⁸⁸.

L'inesigibilità dovuta a ragioni di tipo sia tecnico che giuridico non consente di prevedere un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate dal provider, rendendo necessario porre in essere una verifica sulla consapevolezza dell'intervento del soggetto prima della diffusione del contenuto illecito⁸⁹.

In tema di concorso si pongono due questioni problematiche: una attinente all'elemento psicologico, e l'altra alla struttura del concorso.

La punibilità per fatto altrui è possibile solo qualora sia riscontrabile il dolo nella partecipazione, nel quale sia insita la consapevolezza dell'oggettiva possibilità di impedire la commissione del reato. Infatti l'art.16, comma 1, presuppone che vi sia l'effettiva conoscenza dell'informazione illecita, trattandosi di un dolo diretto che esclude la configurabilità del dolo eventuale⁹⁰.

⁸⁸ Cass., Sez. III, 29 settembre 2009, n.49437, afferma la responsabilità di un *provider* il quale mettendo a disposizione degli utenti un'innovativa tecnologia di trasferimento dei *files*, consentiva l'effettuazione di operazioni di *upload* e *download* di opere coperte dal diritto d'autore. L'attività posta in essere integra l'art. 110 c.p., in quanto l'imputato non può considerarsi estraneo al reato, non essendosi limitato a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione per consentire la condivisione dei *files* ed il loro trasferimento, ma essendosi adoperato a fornire istruzioni di tracciamento e provvedendo ad indicizzare le operazioni di *uploading*.

⁸⁹ SEMINARA S., *Internet* (diritto penale), in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, 2014, pp. 594 ss.

⁹⁰ DE NATALE D., *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in GRASSO- PICOTTI-SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, pp. 330 e ss., ritiene che l'analisi delle attività di routine effettuate dagli operatori del *web*, sarà determinante ai fini dell'accertamento dell'elemento psicologico. La responsabilità del gestore è subordinata all'accertamento dello svolgimento di un'attività di *routine* esplorativa del sito, soffermandosi sui contenuti immessi da terzi o richiamati dagli utenti, per un apprezzabile lasso di tempo; *contra* SEMINARA, *Internet* (diritto penale), *cit.* p.596, il quale ritiene che tale assunto rischia di risolversi in un obbligo generale di sorveglianza, sfociando in una presunzione non lontana da quella vigente per i reati a mezzo stampa.

La seconda questione investe la struttura dell'istituto del concorso di persone nel reato. La condotta agevolatrice non assume rilievo penale nelle ipotesi d'inadempimento da parte del *provider* di un ordine di rimozione o disabilitazione emesso dall'autorità giudiziaria, qualora l'illecito si sia già consumato, poiché l'aggravamento delle conseguenze del reato, derivante dal mantenimento dei contenuti illeciti in rete, non è più in grado di integrare una partecipazione criminosa⁹¹.

Pertanto, il provider sarà ritenuto responsabile per i contenuti illeciti dei quali è autore o a lui riconducibili in quanto ne abbia deliberato l'immissione o la trasmissione in rete. Inoltre, sarà configurabile una responsabilità a titolo di concorso quando il *provider* abbia cooperato consapevolmente alla commissione dell'illecito, fornendo accesso, attività di memorizzazione o strumenti tecnologici all'altrui reato, prima che esso giunga a consumazione. Infine, non può escludersi l'ipotesi in cui il prestatore di servizi, intervenendo su un contenuto illecito già diffuso con modifiche o con selezione dei destinatari, si renda a sua volta autore di una nuova diffusione.

Spostando l'attenzione sulla responsabilità omissiva, affinché possa configurarsi una responsabilità per omesso impedimento *ex art.40, cpv., cp.* è necessario verificare la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *provider*.

La dottrina è concorde nell'escludere tanto la *posizione di protezione*, che nel caso del *provider* andrebbe riferita ad un'impalpabile integrità della circolazione dei contenuti immessi in rete, tanto la *posizione di controllo*, a causa non solo dell'assenza di un obbligo di sorveglianza *ex art 17 D.Lgs. 70/2003*, ma anche dell'impossibilità di considerare il sistema *Internet* come intrinsecamente pericoloso.⁹²

L'insussistenza di una posizione di garanzia a carico del *provider* esclude l'operatività dell'art. 40, cpv., c.p.

In primo luogo, manca una norma che delinei un generale obbligo di controllo degli ISP rispetto alle condotte degli utenti della rete: il legislatore ha esplicitamente affermato l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al provider *ex art. 17 D.Lgs. 70/2003*. In secondo luogo, non potrebbe richiedersi una verifica delle comunicazioni

⁹¹ SEMINARA, *Internet* (diritto penale), *cit.* p.596, afferma che gli illeciti di comunicazione e diffusione del pensiero sono ricollegati a condotte attive che si consumano con la pubblicizzazione del fatto e non possono essere inquadrate nello schema della permanenza: la diffamazione compiuta su un supporto cartaceo rimasto in circolazione dopo la sua pubblicazione non può ritenersi permanente, in quanto gli effetti che ne derivano non influiscono sul *tempus commissi delicti*.

⁹²DE NATALE, *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, *cit.* p. 305

personali tra utenti della rete, integrando il delitto di violazione di corrispondenza di cui all'art. 616 c.p., né può fondarsi un rimprovero all'ISP facendo riferimento agli artt. 57 e 57-bis c.p., risolvendosi in un'estensione analogica in *malam partem*⁹³.

Inoltre, l'enorme flusso di dati che transitano sui *servers* gestiti dai *providers*, rende inesigibile un controllo dell'ISP sul materiale trasmesso o memorizzato, essendo possibile che la trasmissione o l'accesso a determinati dati avvengano anche per selezione di collegamenti alternativi.

Infine, mancano in capo all'ISP poteri impeditivi dei reati che gli utenti possono realizzare in Internet: gli articoli 14 e seguenti del D.Lgs. 70/2003 consentono al *provider* di impedire l'accesso ai dati immessi da terzi e di rimuoverli solo in seguito ad una richiesta dell'autorità ovvero quando tale materiale risulti *ictu oculi* illecito.

Tuttavia, ciò non preclude la previsione di specifici doveri in capo al *provider*. Quest'ultimo andrà esente da responsabilità a condizione che: “*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*”.⁹⁴

L'opinione prevalente sembra ammettere una lettura degli artt. 14-16 citati in termini negativi, nel senso di escludere *per tabulas* l'obbligo di impedimento del reato⁹⁵.

Ma può verificarsi il caso in cui il *provider*, pur essendo consapevole della presenza nel sito da lui gestito di contenuti illeciti, ne mantenga l'accessibilità, evitando di darne comunicazione alle Autorità.

In riferimento a tale ipotesi, l'art 14-ter l. 269/1998 impone ai fornitori di servizi, ove ne vengano a conoscenza, di segnalare al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia in rete, le imprese o i soggetti che diffondono, distribuiscono o fanno commercio di materiale pedopornografico, nonché a comunicare ogni informazione richiesta da parte del centro relativa ai contratti con tali soggetti o imprese.

Parte della dottrina ritiene che tale norma delinei un obbligo impeditivo del reato a

⁹³ Diversamente da quanto abbiamo ritenuto in conclusione del precedente paragrafo rispetto alla c.d. editoria *on-line* propria, in questo caso non vi è dubbio che l'applicazione dell'art. 57 c.p. sarebbe una illegittima applicazione *in malam partem* di norma incriminatrice.

⁹⁴ Art 15, comma 1, lett.e), D.Lgs 70/2003

⁹⁵ SEMINARA, *Internet* (diritto penale), cit. p.599

carico del *provider*⁹⁶; altri ritengono, al contrario, che gli obblighi di segnalazione, comunicazione e adozione di strumenti di filtraggio finalizzati al contrasto della pedopornografia non possono risolversi in obblighi di impedimento di reati già commessi, rispettando il principio di legalità⁹⁷. In linea generale, gli obblighi di denuncia (artt. 361-364 c.p.) vanno tenuti distinti dagli obblighi di impedimento del reato (soggetti ad autonome disposizioni artt. 14-*ter* e 14-*quater*). L'assunto della responsabilità penale *ex art 600-ter cp.* per l'omessa segnalazione o comunicazione si scontra però con l'art. 16 D.Lgs 70/2003 che prevede un obbligo di rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso subordinatamente alla richiesta dell'Autorità competente. Il problema, dunque, è destinato a rimanere aperto.

In conclusione, sul versante della responsabilità omissiva va sottolineata l'assenza di doveri generali di sorveglianza, di posizioni di garanzia e di obblighi giuridici di impedire la realizzazione di illeciti da parte di terzi. L'eventuale inottemperanza degli ordini delle Autorità porterà tutt'al più ad una responsabilità risarcitoria del *provider*.

La Direttiva 2000/31/CE lascia aperte alcune questioni problematiche, essendo imperniata su una visione statica degli intermediari del mondo digitale, ancorando la disciplina a servizi base per l'accesso ad Internet che non prendono in considerazione la

⁹⁶ PICOTTI L., *Commento all'art. 600-ter c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) CADOPPI, Padova, 2006,p.209, secondo cui gli illeciti omissivi *ex art.14-ter e 14-quater l.269/1998* non escludono un'eventuale responsabilità penale dei *service providers* per i reati commessi dagli utenti in rete, a condizione che l'osservanza degli obblighi stessi li avrebbe impediti e che sussistano i presupposti oggettivi e soggetti per la configurazione di una responsabilità penale.

⁹⁷ SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, cit. p.599, critica le soluzioni adottate dalla dottrina, che ravvisano una responsabilità omissiva a titolo di concorso per il prestatore di servizi che sia astenuto dall'intervenire per evitare la protrazione del reato, una volta venutone a conoscenza attraverso un provvedimento dell'autorità giudiziaria *ex art 14 comma3, 15 comma 2, 16, comma 3, D. Lgs n.70/2003 o artt. 156 e 163 l. 22 aprile 1941, n.633* in tema di violazione del diritto d'autore. Tale tesi va respinta poiché: *“L'idea di una partecipazione criminosa all'altrui reato fondata su un'inottemperanza all'obbligo di rimozione, confonde i presupposti dell'istituto concorsuale e della responsabilità omissiva, determinando il passaggio da una responsabilità per omesso impedimento ex ante del reato a una per omesso impedimento (di protrazione) ex post, che a sua volta implicherebbe una posizione di garanzia del provider fondata sui suoi poteri giuridici e fattuali di interdizione connessi alla titolarità di una posizione di controllo legata alla pericolosità della rete”*. Le fonti di pericolo tuttavia, vanno individuate *ex ante* e la pericolosità di *internet* va esclusa. Inoltre, l'omesso impedimento di protrazione del reato non rientra nella clausola di equivalenza dell'art 40 cpv cp. e non può rilevare solo in quanto previsto da una norma di legge provvista di apposita sanzione, la cui assenza può essere colmata dalle previsioni degli artt. 650 o 388 cp.; *contra FUMO, La diffamazione mediatica, cit.*, p.58, il quale osserva che lo sfruttamento di un messaggio altrui, se sussiste un obbligo giuridico di rimozione di tale messaggio perché lesivo dell'altrui reputazione, mantenendolo il rete consapevolmente con l'intento di proseguire nella condotta diffamatoria, integra un'ipotesi autonoma di condotta delittuosa *ex art.595 c.p.* e non di concorso nel delitto commesso dall'originario comunicante.

continua evoluzione tecnologica in atto nel settore informatico.

Si pone, infine, la questione dell'applicabilità dei limiti di irresponsabilità previsti dagli artt.14-17 D.Lgs. 70/2003 ai *collegamenti ipertestuali* realizzati in forma automatica ed in relazione ai motori di ricerca, non menzionati nella direttiva.

I servizi in esame pur non risultando immediatamente riconducibili alle attività di accesso o memorizzazione, non possono considerarsi esclusi dalla disciplina dell'esonero di responsabilità.

Riconducendo i collegamenti ipertestuali e i motori di ricerca al D.Lgs 70/2003 occorre individuare la natura dell'attività svolta, escludendo la responsabilità penale del provider qualora i processi di indicizzazione, selezione ed organizzazione dei contenuti avvengano in maniera automatica, senza alcun intervento del prestatore del servizio e non risultino specificamente finalizzati al compimento di illeciti da parte degli utenti.

Il problema si pone in riferimento ai gestori di servizi consistenti nell'ospitare materiali prodotti e immessi direttamente dagli utenti, organizzati in una prospettiva di profitto connessa ai *link* pubblicitari sponsorizzati. In tal caso il *provider* agisce in veste di *hoster* attivo, intervenendo attivamente per rendere fruibile l'informazione da parte degli utenti attraverso l'attività pubblicitaria⁹⁸.

Un ultimo problema concerne i contenuti dell'obbligo di attivazione del *provider* quando acquisisca consapevolezza della presenza del materiale illecito.

L'art.16, comma 1, lett.b) D.Lgs 70/2003 esclude la responsabilità del *provider* alla condizione che non appena a conoscenza dell'illiceità dei contenuti memorizzati, su comunicazione delle Autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. La norma è volta ad evitare autonome iniziative in capo al *provider*, che in caso di valutazioni errate, rischierebbe di incorrere in una responsabilità risarcitoria nei confronti dei danneggiati. Emerge, dunque, un dovere di rimozione o disabilitazione dell'accesso ai contenuti illeciti, subordinato alla richiesta delle autorità competenti, a cui competerà la valutazione sull'illiceità della condotta.

⁹⁸ SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, cit. p.602. Cfr. *Trib. Milano 12 aprile 2010* secondo cui non può riscontrarsi un obbligo preventivo di controllo sul contenuto di video caricati dagli utenti in rete, in ragione dell'estrema difficoltà tecnica di tale soluzione e le conseguenze che ne potrebbero derivare, essendo in presenza di un comportamento inesigibile e quindi non perseguibile penalmente ai sensi dell'art.40, cpv., c.p. Nello stesso senso *App. Milano 21 dicembre 2012*, afferma che l'obbligo di vigilanza del *provider* sul materiale immesso dagli utenti non può ritenersi doveroso, in quanto inesigibile per la complessità tecnica di un controllo automatico. Inoltre, demandare ad un provider un dovere di verifica preventiva finirebbe per collidere con le forme di libera manifestazione del pensiero.

Risulta, quindi, negata la rilevanza alla richiesta o alla segnalazione da parte dei soggetti privati.⁹⁹

In conclusione, si può affermare che l'ordinamento italiano sembra ripugnare l'idea di un obbligo di controllo in capo all'ISP, non potendo sottoporre la rete ad alcun vaglio censorio preventivo, capace di minare il principio della libera manifestazione del pensiero.

La normativa ribadisce la libertà della telematica e che fornisce la cornice di riferimento anche per la riflessione penalistica: “*la presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli stati membri*”.¹⁰⁰

Operando un bilanciamento tra diritto di manifestazione del pensiero e tutela dei diritti fondamentali dei terzi, il legislatore obbliga il *provider* a collaborare con le Autorità competenti al fine di ridurre le conseguenze dannose dell'illecito e consentire l'individuazione degli autori.

Inoltre, è necessario mantenere saldo il ruolo del diritto penale come *extrema ratio*, solo qualora la risposta civile o amministrativa risultino inadeguate od inefficaci.¹⁰¹

3.3. Il caso Google-Vividown

Il problema della responsabilità del *provider* è emersa in uno dei processi mediatici più importanti degli ultimi anni: si tratta del caso *Google-Vividown*¹⁰².

⁹⁹ SEMINARA, *Internet* (diritto penale), cit. p.603; BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp.Civ.Prev.*, 2010, p.1574 ss.

¹⁰⁰ “Considerando” n. 8 della Direttiva 2000/31/CE

¹⁰¹ DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 91, il quale ritiene che: “*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*”.

¹⁰² Il procedimento si è definito con la sentenza della Corte di Cassazione *Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014), n. 5107, Pres. Mannino, Rel. Andronio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 febbraio 2014, con nota di INGRASSIA A., *La sentenza della cassazione sul caso Google*.

Gli amministratori delegati di Google erano imputati per i reati di cui agli artt.110, 40 comma 2, 595 comma 1 e 3 c.p., perché in concorso tra loro, avendo arrecato un'offesa alla reputazione dell'associazione *Vivi Down*, nonché di un ragazzo disabile, per aver consentito che venisse immesso e successivamente diffuso in rete attraverso le pagine del sito *Google Video*, senza alcun controllo preventivo sul suo contenuto, un

Il caso riguarda la pubblicazione di un video in cui un gruppo di ragazzi adotta un comportamento deplorabile in un contesto scolastico nei confronti di un coetaneo affetto da sindrome di *down*, il quale viene schernito, deriso, minacciato.

Tale filmato contenente immagini umilianti ed offensive non solo era circolato sul *web* per il tramite del servizio Google video ma era passato inosservato, pur rivestendo la prima posizione nella categoria video più divertenti; nonché classificandosi al 29° posto dei video più scaricati con 5.500 visualizzazioni al momento della sua rimozione.

È stata censurata la condotta omissiva del *provider*, riscontrata nella totale assenza di controllo da parte del provider *Google Italia* sia dei video immessi che di quelli che vi permangono così a lungo da entrare all'interno di classifiche; nonché la mancata collaborazione di Google con l'autorità giudiziaria. Infatti, le informazioni richieste vengono raccolte da *Google inc.*, una società americana, e la richiesta deve sottostare alla procedura legale attinente, ossia mediante rogatoria. Solo a seguito delle sollecitazioni delle diverse procure coinvolte, la direzione centrale del servizio di polizia postale riceveva i dati richiesti, senza alcuna rogatoria, quando tuttavia si era già giunti all'individuazione degli autori del video.

Dalla valutazione della procedura di *upload*, si è potuta accertare l'inesistenza di controlli preventivi in fase di immissione dei dati da parte di *Google*, risultando il video caricato immediatamente disponibile agli utenti sul *web*.

Inoltre, nel corso delle indagini sono emersi enormi interessi di carattere commerciale connessi al legame tra i risultati di ricerche e *link* sponsorizzati: più i risultati delle ricerche sono in grado di abbinare *link* sponsorizzati, più aumentano le possibilità che l'utente finale clicchi su tale link (sistema *pay per click*).

Tale attività del *provider* non può considerarsi come mera intermediazione, in quanto la piattaforma informatica predisposta da Google non si limita a rintracciare ed indicizzare contenuti di terzi rinvenuti sulla rete internet, ma offre spazio a contenuti che, solo a seguito di attività promozionale, vengono resi disponibili a terzi.

Inoltre, il video è un dato personale e sensibile riferibile al soggetto *ex art. 167 D.Lgs. 196/2003* e, non essendovi stato il consenso del soggetto alla divulgazione, né tantomeno

filmato di persone minorenni, che in concorso tra loro, pronunciando frasi offensive e ponendo in essere atti vessatori nei confronti di un loro coetaneo disabile, ledevano i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità degli interessati. Inoltre gli veniva imputata la violazione degli artt. 110 c.p., 167, commi 1 e 2 D.Lgs. 30 giugno 2003 n.196, perché in concorso tra loro al fine di trarne profitto.

una richiesta a tal fine, si configura una violazione di tale articolo da un punto di vista oggettivo.

Tuttavia, l'incombenza dell'obbligo di richiesta del consenso e di non trattamento dei dati contenuti nel video senza il consenso medesimo è rinvenibile solo in capo al soggetto che ha pubblicato il video ed occorre verificare la sua riferibilità anche all'ISP.

L'*internet provider* che fornisca agli utenti un semplice servizio di interconnessione e che avvisi correttamente gli stessi degli obblighi di legge concernenti la *privacy*, non può essere considerato punibile se non controlla preventivamente l'ottemperanza da parte dell'utente all'obbligo di legge citato. Infatti *ad impossibilia nemo tenetur*: non è possibile imporre a qualcuno un obbligo cui egli non è in grado di fare fronte con i normali mezzi a sua disposizione; sarebbe del tutto impossibile pretendere che un *provider* possa verificare che in tutte le migliaia di video che vengono caricati ogni momento sul sito *web* siano stati rispettati gli obblighi concernenti la *privacy* di tutti i soggetti negli stessi riprodotti.

È però necessario che il *provider* fornisca agli utenti medesimi tutte le necessarie avvertenze in ordine al rispetto delle norme citate, con particolare attenzione a quelle che concernono la necessità di procurarsi l'obbligatorio consenso in ordine alla diffusione di dati personali sensibili.

Esiste quindi, a parere del giudice, un obbligo non di controllo preventivo dei dati immessi nel sistema, ma di corretta e puntuale informazione, da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, ai terzi che questi dati consegnano.

Richiamando l'orientamento della *Cass, sez.III, 23 dicembre 2009 ,n.49437*¹⁰³, il giudice di prime cure aveva ritenuto corresponsabile del reato di cui all'art.167 D.Lgs.196/2003, quel tipo di ISP che non si limiti a fornire un semplice rapporto di interconnessione, ma, gestendo i dati in suo possesso, ne divenga in qualche modo “*dominus*” e quindi “*titolare del trattamento*” ai sensi di legge, con gli obblighi corrispondenti.

Quanto all'imputazione ex artt. 40, comma 2, 595, comma 3, c.p. il Tribunale rileva

¹⁰³ *Cass, sez.III, 23 dicembre 2009 n. 49437* secondo cui nel momento in cui l'ISP non si limita ad una messa a disposizione del protocollo di comunicazione, ma compie un *quid pluris* e cioè “*indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti [...] perchè gli utenti possano orientarsi [...] chiedendo il downloading di quest'opera piuttosto che di un'altra [...] e quindi il sito cessa di essere un mero corriere che organizza il trasporto di dati*” a quel punto l'attività di trasporto dei file non è più agnostica” consentendo una valutazione dell'apporto causale al reato.

l'inesistenza di un obbligo giuridico di controllo preventivo in capo all'ISP, che non può essere ricavato da altre fattispecie, risolvendosi in un'analogia *in malam partem*¹⁰⁴.

Con le motivazioni sopra riassunte, il giudice monocratico del Tribunale di Milano, con sentenza del 24 febbraio 2010 le cui motivazioni sono state depositate il 12 aprile 2010, condannava i responsabili di *Google Italy* e di *Google Inc*, in concorso, tra loro, per il reato di cui all'art. 167 L. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, mentre li mandava assolti per il concorso in diffamazione ai danni della *onlus* Vivi Down.

Tale decisione non andò esente da critiche in dottrina, la quale, prontamente, evidenziava come la sentenza fosse per i responsabili legali di Google “*un attacco ai principi fondamentali di libertà sui quali è stato costruito Internet*”¹⁰⁵ dal momento che i tre *manager* condannati non hanno avuto nulla a che fare con il video in questione, non avendolo né girato, né caricato e né visionato.

La riconosciuta esistenza di una posizione penalmente rilevante dell'*internet service provider* in relazione alla lesione dell'altrui *privacy*, ma per quel che concerne la diffamazione, ha destato notevoli perplessità, se non altro dal punto di vista della coerenza intrinseca.

In realtà, i termini del problema sono indipendenti, nel senso che l'affermazione di insussistenza di alcun preventivo di controllo dei contenuti di quanto viene immesso in rete in capo al *service provider*, non può essere assunta a presupposto dell'impossibilità di inquadrarlo come titolare del trattamento.

Successivamente a tale pronuncia, è intervenuta la Corte D'appello che, rovesciando l'impostazione seguita dal primo giudice, ha assolto i *managers* per insussistenza dell'illecito trattamento dei dati.¹⁰⁶

Viene confermata l'assenza dell'obbligo giuridico in capo a Google di impedire eventuali reati da parte dei propri utenti e di conseguenza l'assoluzione per il reato di diffamazione, su cui aveva proposto appello il Pubblico Ministero.¹⁰⁷ Secondo la Corte

¹⁰⁴ Così argomenta l'estensore della sentenza di primo grado: “*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, e non appare possibile ricavarlo aliunde superando d'un balzo il divieto di analogia in malam partem, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale*”.

¹⁰⁵ GATTI, *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità Internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida al diritto*, 2010, 25, p. 8

¹⁰⁶ *Corte App. Milano, 21 dicembre 2012*

¹⁰⁷ Pronunciandosi sull'appello proposto dal Pubblico Ministero, l'estensore scrive: “*l'appello proposto dal*

territoriale, concordemente a quanto già sostenuto dal Giudice di primo grado, non può essere ravvisata nel diritto vigente una posizione di garanzia, né la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo, al fine di sostenere la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un *host* o *content provider*.

Inoltre, viene sottolineato come l'enorme afflusso di dati non consenta di esercitare un controllo effettivo e concreto sulla massa dei video caricati da terzi: l'obbligo del provider di impedire l'evento diffamatorio, imporrebbe allo stesso di esercitare un'attività di filtraggio preventivo dei dati immessi in rete, alterandone la sua funzionalità.

Non può, dunque, pretendersi un comportamento inesigibile e non perseguibile penalmente ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., in quanto la posizione di garanzia ed il conseguente l'obbligo di attivazione, scaturente dalla stessa, non può derivare dalla violazione di norme di legge poste a protezione dei dati personali, che nulla hanno a che vedere con tali condotte, essendo state emanate a copertura di comportamenti diversi da quelli oggetto di contestazione.

L'atto di appello proposto dalla Pubblica Accusa muoveva dall'assunto, rispondente ad un insegnamento della Suprema Corte, secondo cui una posizione di garanzia può derivare anche da una situazione di fatto creatasi a seguito di una azione propria nella specie, indicizzazione dei *files* caricati sulla piattaforma). La Corte disattende però anche questo argomento, rilevando come l'attivazione di sistemi di filtraggio preventivi non sarebbe comunque efficace, in quanto al tempo dei fatti tale tecnologia non era idonea ad identificare in maniera automatica i contenuti illeciti dei video immessi in rete. Viene ripreso l'orientamento dominante della Suprema Corte, secondo cui in materia di concorso di persone la condotta consistente nel non impedire l'evento, che si ha l'obbligo

P.M. non fornisce elementi di ordine logico o probatorio che consentano di discostarsi dalla decisione di primo grado, sul punto del tutto condivisibile, in quanto risulta rispondente alle acquisite risultanze processuali e sorretta da congrua motivazione in fatto oltre che in diritto; motivazione che deve considerarsi qui integralmente richiamata secondo il principio della reciproca integrazione delle sentenze di primo e di secondo grado, in caso di conferma. Alle considerazioni già svolte dal giudice di prime cure, sembra doversi aggiungere solo che per sostenere la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un host o content provider, occorre affermare a suo carico un obbligo giuridico di impedire l'evento e quindi da un lato, l'esistenza di una posizione di garanzia, dall'altro la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo. Detta posizione di garanzia però, concordemente a quanto già sostenuto dal Giudice di primo grado, non può essere ravvisata nel diritto vigente, stante l'assenza di una specifica previsione in tal senso, e ciò a prescindere dalla questione dell'auspicabilità o meno di una normativa che colmi questo vuoto legislativo. Né la posizione di garanzia di cui trattasi può desumersi da fonte diversa, quale in via esemplificativa quella dettata ex art. 57, e 57 bis c.p. in materia di stampa, in quanto si tratterebbe di analogia in malam partem"

giuridico di impedire, deve essere accompagnata dal dolo che caratterizza il concorso stesso, da ravvisarsi nella coscienza e volontà di concorrere con altri nella realizzazione del reato.¹⁰⁸

Da ultimo è intervenuta la Cassazione, confermando l'assoluzione degli imputati¹⁰⁹.

Viene rigettato il ricorso proposto dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano, in quanto chi mette a disposizione uno spazio web, non può considerarsi titolare del trattamento di tutti i dati personali contenuti nei video caricati online dagli utenti e di conseguenza, non può ritenersi obbligato ad alcun adempimento a tutela della privacy dei terzi, né tanto meno ad evitare che gli utenti la violino.

La Suprema Corte afferma che il gestore del servizio di *hosting* non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce alla loro scelta, alla ricerca o alla formazione del file che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione.

La posizione di Google Italia e dei suoi responsabili è infatti quella di mero *internet host provider*, soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare i loro video, del cui contenuto restano gli esclusivi responsabili. Ne consegue che gli imputati non sono titolari di alcun trattamento e che gli unici titolari del trattamento dei dati sensibili eventualmente contenuti nei video caricati sul sito sono gli stessi utenti che li hanno caricati, ai quali possono esser applicate le sanzioni previste per il titolare del trattamento dal Codice della Privacy. Da ciò consegue che i reati di cui all'art. 167 del codice della privacy devono essere intesi come reati propri, trattandosi di condotte che si concretizzano in violazioni di obblighi dei quali è destinatario in modo specifico il solo titolare del trattamento e non ogni altro soggetto che si trovi ad avere a che fare con i dati oggetto di trattamento senza essere dotato dei relativi poteri decisionali.

La Corte concentra la sua attenzione sui concetti di “trattamento” e di “titolare del trattamento”: mentre il primo è un concetto ampio, comprensivo di ogni operazione che abbia ad oggetto dati personali indipendentemente dai mezzi e dalle tecniche utilizzati, il concetto di “titolare” è, invece, più specifico, perché si incentra sull'esistenza di un potere decisionale in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli

¹⁰⁸ Cfr. MINASOLA, *Bloggino e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Archivio Penale*, 2013, p.23

¹⁰⁹ Cass., Sez.III, 3 febbraio 2014, n. 5107

strumenti utilizzati.

Essendo *Google* qualificato come un *Internet Hosting Provider*, sarà riconducibile alla categoria dei titolari del trattamento di dati solo laddove incida direttamente sulla struttura degli indici di ricerca.

In conclusione, il titolare del trattamento dei dati caricati sul sito *Google Video* è l'*uploader*, in quanto titolare del trattamento, avendo scelto di trattare dati personali per propri fini, con la conseguenza che il mero *hosting provider* non può essere chiamato a rispondere delle violazioni delle norme sulla protezione dei dati¹¹⁰.

Alla luce di tali risultanze, in dottrina si rilevata la necessità di un intervento del legislatore in materia, volto a fissarne i limiti. Occorre fissare un obbligo di tempestiva rimozione dei contenuti, indipendentemente dalla richiesta dell'autorità o della persona offesa. Tale obbligo dovrà essere imposto in tempi tanto più brevi, quanto più si palesi una lesione dell'altrui diritto.¹¹¹

Inoltre, si ritiene che con l'immissione del video *on-line* e la sua fruibilità da parte degli utenti, la diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione *Vivi Down* si è consumata, ma l'aver inserito il video in una classifica costituisce un *quid pluris* rispetto alla mera tolleranza di un contenuto immesso da altri, facilitando la commissione del reato e aumentandone smisuratamente la potenzialità lesiva della reputazione dei soggetti

¹¹⁰ SALVI, *La Corte di Cassazione sul caso Google vs Vividown: l'host provider non governa il mare magnum della rete*, 2014, reperibile su www.diritto.it, sostiene che l'approccio della Corte sia condivisibile sotto un profilo tanto pratico quanto giuridico. In primo luogo, imporre all'host provider la creazione un filtro che verifichi preventivamente i contenuti che l'utente desidera caricare, l'eventuale presenza di dati sensibili e l'avvenuta acquisizione di un consenso al trattamento degli stessi, "risulterebbe un onere tecnicamente irrealizzabile, considerata l'enorme mole di materiale che viaggia giornalmente in rete". In secondo luogo, laddove divenissero operative tali modalità di controllo preventivo, "l'host provider – pur sempre un soggetto privato e non dotato delle necessarie competenze – verrebbe a ricoprire il ruolo di un vero e proprio censore di contenuti virtuali appartenenti a terzi, esercitando sugli stessi un potere decisionale che non gli è proprio".

¹¹¹ PEZZELLA, *La Diffamazione*, cit. p. 535 si esprime in termini aspramente critici. Così scrive l'autore: "Ciò che fa maggiormente rabbia non è che dei minori, figli di questo tempo degradato, abbiano girato e poi messo in rete un video quale quello di cui si è detto. E nemmeno che vi siano state almeno 5500 persone che l'hanno visto. Ma che il video sia rimasto on line due mesi e sia stato rimosso soltanto dopo le denunce e l'intervento della Polizia postale. Ciò doveva e poteva, però, probabilmente, indurre ad una costruzione dell'ipotesi accusatoria di tipo diverso, che prescindesse, com'è avvenuto, dall'affermazione della sussistenza in capo al provider di una posizione di garanzia e di una responsabilità di tipo omissivo. Il video in questione, infatti, è stato con tutta evidenza "lavorato" dai responsabili Google. Se è stato inserito tra i video più divertenti e tra quelli più visti, in altri termini, è evidente, che qualcuno ne avrà visionato i contenuti e calcolato il numero degli accessi".

coinvolti.¹¹²

3.4. Profili comparatistici della responsabilità dell'ISP

L'estrema attualità del tema della responsabilità dell'*Internet provider* non solo in Italia, ma anche in altri ordinamenti, rende di sicuro interesse uno sguardo d'insieme, in una prospettiva comparatistica: le problematiche sottese alla responsabilizzazione della rete hanno, infatti, una portata globale.

Rivolgendo, anzitutto, l'attenzione agli Stati Uniti d'America, culla di *Internet*, si può rilevare che esistono tre diverse figure di responsabilità: la responsabilità diretta per fatto proprio cd. *direct liability*, assimilabile all'ipotesi prevista dall'art. 2043 c.c.; la responsabilità indiretta di un soggetto avente i poteri di controllo sull'attività posta in essere dall'autore materiale dell'illecito cd. *vicarious liability*, assimilabile all'art. 2049 c.c.; ed infine, il concorso colposo cd. *contributory liability*, che si configura quando il soggetto contribuisce alla realizzazione della violazione o ne è a conoscenza, senza tuttavia esserne l'esecutore materiale, assimilabile all'art. 2055 c.c.¹¹³

I giudici d'oltreoceano¹¹⁴ tendono a responsabilizzare sempre più l'ISP che sia venuto a conoscenza dell'illecito, pur non essendo previsto alcun obbligo di sorveglianza sui contenuti delle informazioni registrate sul server.

¹¹² PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 535

¹¹³ BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider: Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2000, p.837; RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2013, p.381 ss.

¹¹⁴ Emblematico risulta il caso *Cubby vs. CompuServe* (United States District Court, S.D. New York. Oct. 29, 1991), in cui la Corte distrettuale afferma che: “*Technology is rapidly transforming the information industry. A computerized database is the functional equivalent of a more traditional news vendor, and the inconsistent application of a lower standard of liability to an electronic news distributor such as CompuServe than that which is applied to a public library, bookstore, or newsstand would impose an undue burden on the free flow of information*”. Il caso riguardava l'invio da parte di un utente di messaggi diffamatori registrati sul server di *CompuServe*. Nel diritto statunitense si ritiene responsabile al pari dell'autore dell'espressione diffamatoria anche colui che provveda a replicare o pubblicare tali contenuti illeciti, salvo che si tratti di semplici rivenditori di materiale (es. edicole, librerie). La Corte assimila *CompuServe* ad un'edicola, sancendone l'irresponsabilità per la pubblicazione dei contenuti diffamatori di terzi, in quanto mero punto di distribuzione del materiale in rete senza alcun obbligo di controllo.

In un altro caso (Caso *Stratton Oakmont, Inc., vs. Prodigy Services Co.*, New York Supreme Court, 1995) viceversa, è stata affermata la responsabilità del *provider* in solido con i suoi *Board leaders*, che avevano il preciso compito di monitorare i messaggi inviati. Il caso riguardava *Prodigy*, uno dei *provider* più importanti al mondo, ritenuto responsabile per l'invio di materiale diffamatorio da parte dei suoi utenti, in quanto esercente diverse forme di controllo sul contenuto dei messaggi pubblicati, attraverso un sistema automatico di filtraggio.

I compartecipi della diffusione del contenuto illecito prodotto dall'autore materiale vengono distinti in *publisher*, *distributor* e *conduit*, al fine di ricondurre a ciascuno un regime di responsabilità differenziato in relazione all'attività concretamente svolta.¹¹⁵

Gli approdi giurisprudenziali sono stati superati dall'introduzione del *Communications Decency Act* del 1996, con cui si introduce nel sistema il principio di irresponsabilità civile dei *providers* per i contenuti illeciti immessi da terzi.¹¹⁶

Nel sistema inglese il *provider* risponde per le conseguenze dannose dei contenuti immessi o di cui abbia consentito la diffusione. Pertanto, è configurabile una responsabilità per fatto proprio quando agisce in qualità di *content provider*.¹¹⁷

La Gran Bretagna è il paese che per primo ha definito normativamente la responsabilità del *provider* per le ipotesi diffamatorie perpetrate in rete, attraverso il *Defamation Act* del 1996.¹¹⁸ La responsabilità dell'ISP è altresì esclusa nel caso in cui intervenga la *innocence dissemination*, ovvero si comporti come mero fornitore di informazioni, non potendosi considerare né autore, né editore, né responsabile editoriale del materiale offensivo.¹¹⁹

¹¹⁵ ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Archivio Penale* 2017, n.2, specifica che un soggetto è qualificabile come *publisher* quando rende accessibile al pubblico il contenuto illecito prodotto dall'autore, applicando il medesimo regime di responsabilità diretta valevole per l'autore materiale dell'illecito. Tale responsabilità diretta si fonda sul presupposto che il *publisher* disponga delle capacità, possibilità e conoscenze necessarie per controllare il contenuto del materiale pubblicato. Ne discende che l'omesso controllo potrà configurare una sua responsabilità a titolo di concorso per l'illecito commesso dall'autore materiale della violazione. Il *distributor*, viceversa, si limita a distribuire un prodotto già immesso sul mercato e potrà rispondere dell'illecito commesso dall'autore solo nel caso in cui risulti effettivamente a conoscenza del carattere illecito del contenuto pubblicato.

¹¹⁶ ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, *cit.*, ricorda che la sezione 230 del *Communications Decency Act* ha previsto al paragrafo c) che "nessun provider [...] di un interactive computer service può essere qualificato come *publisher* o *speaker* di informazioni fornite da un terzo soggetto". L'A. rileva la contiguità di tale disposizione con il contenuto della Direttiva 2000/31/CE recepita in Italia con d.lgs. n. 70 del 2003, ma vi è una differenza sostanziale: "la Direttiva Europea introduce una sorta di statuto di irresponsabilità penale del provider, mentre il *Communications Decency Act* è deputato a regolare la sola responsabilità civile dei providers senza contemplare la materia criminale".

¹¹⁷ RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2013, p.382 ss.

¹¹⁸ BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider: Una sintesi di diritto comparato*, *cit.*, p.844 sostiene come nel diritto inglese risponda per il "tort of defamation" chiunque partecipi alla diffusione di messaggi diffamatori, includendo nel novero dei responsabili non soltanto l'autore, bensì anche l'editore, il tipografo, i distributori ed i venditori. Ne consegue che tali soggetti per poter andare esenti da responsabilità, dovranno provare la veridicità dell'informazione incriminata o dimostrarne la natura di "fair comment", ossia la buona fede di un'opinione basata su fatti esistenti. Tuttavia, l'ordinamento inglese prevede una mitigazione degli effetti della disciplina in parola, prevedendo una forma attenuata di responsabilità per coloro che abbiano partecipato in via indiretta alla diffusione del messaggio diffamatorio, ossia la cd. *innocent dissemination*.

¹¹⁹ UK *Defamation Act*, par. 1(3) : "a person shall not be considered the author, editor or publisher of a statement if he is only involved a) in printing, producing, distributing or selling printed material containing the statement; b) in processing, making copies of, distributing, exhibiting or selling a film or sound recording containing the statement; c) in processing, making copies of, distributing or selling any electronic medium in or which the statement is recorded, or in operating or providing any equipment, system or service by means of which the statement is retrieved, copied, distributed or made available in electronic form; d)

Questo primo sguardo comparatistico evidenzia l'assenza di discipline specifiche circa la responsabilità penale del *provider*; negli Stati Uniti, come si è detto, è codificata la sola responsabilità civile, mentre l'applicazione delle norme del *Communications Decency Act* alla materia penale è espressamente esclusa dalla lettera e) della *section 230*.

Per quanto più strettamente concerne i Paesi che condividono la nostra tradizione giuridica di *civil law*, ricordiamo che la Germania è stata il primo stato a dotarsi di una disciplina organica concernente la responsabilità degli operatori in *Internet* con la legge federale del 2 luglio 1997 sui servizi di informazione e comunicazione¹²⁰.

A tale disciplina viene riconosciuto il merito di aver sancito per la prima volta la differenza tra *access provider* e *service provider* con la conseguenza che il mero fornitore di accesso andrà esente da responsabilità per i materiali altrui. Nel caso in cui i materiali illeciti vengano resi disponibili direttamente dal *service provider*¹²¹ ricorreranno le condizioni per la configurazione della responsabilità in capo ad esso. Inoltre, i fornitori di servizi sono responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se sono venuti a conoscenza dei loro contenuti e sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità.

Il Tribunale di Monaco di Baviera si è pronunciato in materia con una storica sentenza, condannando l'ex direttore della filiale tedesca del *provider* americano Compuserve, in quanto era stata riconosciuta in capo ad esso la possibilità tecnica di filtrare e censurare il materiale pornografico immesso sul proprio *server* ed il dovere di negare l'accesso ai siti che lo contenevano¹²².

Nell'esperienza francese, la questione attinente alla responsabilità del *provider* per i contenuti immessi sui siti ospitati sui propri *server* è stata affrontata per la prima volta con una decisione della Corte d'Appello di Parigi del 10 febbraio 1999, che ha sancito la responsabilità extracontrattuale del *provider*¹²³.

as the broadcaster of a live programme containing the statement in circumstances in which he has no effective control over the maker of the statement; e) as the operator of or provider of access to a communications system by means of which the statement is transmitted, or made available by a person over whom he has no effective control".

¹²⁰*Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste* (cd. IuKDG)

¹²¹Pertanto il *service provider* può incorrere in responsabilità qualora ricorrano le seguenti situazioni: a) che sia a conoscenza della diffusione del materiale illecito; b) che abbia a disposizione gli strumenti tecnici per poter evitare l'ulteriore diffusione del materiale illecito; c) che si possa ragionevolmente attendere un intervento volto ad impedire la diffusione del materiale illecito. In argomento, GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in www.interlex.it, 23 novembre 1998

¹²²Trib. Monaco di Baviera, 27 maggio 1998

¹²³*Cour d'Appel de Paris, 10 febbraio 1999*, riguardante un caso di pubblicazione su un sito di alcune foto

La Corte afferma la responsabilità il gestore del sito per aver ospitato anonimamente nello spazio che gestisce contenuti di qualsiasi natura, fuoriuscendo dal il ruolo tecnico di mero trasmettitore di informazioni, senza, tuttavia, riconoscere un obbligo di controllo del *provider* sul contenuto dei siti ospitati. L'eccesso rispetto al ruolo di semplice veicolatore di informazioni viene ricollegato all'ospitalità gratuita e anonima garantita dal provider ai creatori di contenuti, applicando una sorta di responsabilità oggettiva nella configurazione della responsabilità in assenza di un obbligo di controllo.

A chiarire le condizioni che fanno scattare la responsabilità dell'ISP è intervenuto il Tribunale di Nanterre nel 1999.¹²⁴

Volendo tirare le fila del discorso, sembra che l'approccio comparatistico – certamente utile con riguardo ai profili civilistici della responsabilità dell'ISP – risulti piuttosto sterile con riferimento alla responsabilità penale, almeno allo stato attuale della legislazione. Un minimo comune divisore può, comunque, essere ritrovato nell'approccio estremamente cauto degli Stati verso l'eccessiva responsabilizzazione dei fornitori di servizi elettronici; sembra che gli ordinamenti rifiutino l'idea dell'imposizione di obblighi di controllo penalmente sanzionati, conservandone – a seconda dei casi – l'efficacia sul solo piano civile.

3.5. Il titolare di un *Internet point*

Ulteriore questione problematica riguarda la responsabilità dei gestori di un *Internet point* e di reti *wifi*¹²⁵.

Il decreto del Ministero dell'interno del 16 agosto 2005 si era occupato della responsabilità dei soggetti a cui compete la gestione di un *Internet point*, dettando misure

che ritraevano la nuora di una famosa rockstar francese completamente o parzialmente nuda. L'interessata aveva richiesto la rimozione immediata delle immagini ed il risarcimento dei danni subiti.

¹²⁴TGI Nanterre, 8 dicembre 1999, secondo cui il *provider* effettua una “*prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter*”. Con tale decisione viene affermata la responsabilità del provider, in quanto eccedente il ruolo di mero trasmettitore tecnico di informazioni, rinvenendo il regime applicabile nella clausola generale prevista all'art. 1383 *code civil* che impone l'obbligo di comportarsi secondo diligenza. Dunque, secondo i giudici francesi il provider è tenuto al generale obbligo di prudenza e diligenza richiesto ad ogni consociato che si specifica negli obblighi di informazione, vigilanza e azione ed è subordinato alla verifica del rispetto di ognuna di tali categorie.

¹²⁵CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni, Vol.III: Figure emergenti di responsabilità*, Assago (MI), 2014, p.578 ss.

di preventiva acquisizione dei dati anagrafici dei soggetti che utilizzano postazioni pubbliche non vigilate per comunicazioni telematiche, ovvero punti di accesso ad *Internet*, utilizzando la rete *wifi*, ai sensi del d.l.27 luglio 2005, n.114, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n.155.

I titolari o i gestori di un esercizio pubblico o privato, nel quale sono posti a disposizione del pubblico, dei clienti o dei soci, apparecchi terminali utilizzabili per le comunicazioni, anche telematiche, sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie al fine di impedire l'accesso ai terminali da parte di persone preventivamente non identificate. L'identificazione di chi usufruisce dei servizi telematici deve avvenire prima dell'accesso o dell'offerta delle credenziali di accesso, acquisendo i dati anagrafici riportati su un documento di identità.

Devono essere adottate le misure occorrenti al monitoraggio dell'attività dell'utente: la memorizzazione dei dati relativi all'attività svolta sul terminale in una precisa data e ora, oltre che la registrazione e il mantenimento degli stessi, in modo tale da non essere alterati e resi inaccessibili da coloro che non siano autorizzati.

I dati acquisiti al momento dell'identificazione devono essere resi disponibili al servizio di polizia postale e delle comunicazioni, nonché all'autorità giudiziaria e alla polizia giudiziaria.

Per quando riguarda l'accesso alle reti telematiche attraverso la tecnologia senza fili, i soggetti che offrono l'accesso a tali reti sono tenuti ad adottare le misure occorrenti per impedire l'uso di apparecchi terminali che non consentono l'identificazione dell'utente, ovvero ad utenti che non siano identificati correttamente secondo le modalità prescritte.

Tali limitazioni sono venute meno con riferimento ai gestori di esercizi pubblici che non svolgono in via principale offerta di servizi di intermediazione telematica.

Il d.l.29 dicembre 2010, n.225, cd. decreto “*mille proroghe*”, ha previsto l'abrogazione delle norme suddette, non prevedendo più l'obbligo di registrazione degli utenti. Perciò, gli esercenti tale attività in via secondaria come bar, ristoranti, hotel, ecc. non sono più soggetti a tali obblighi.

Viene valorizzata la circolazione dei dati e delle informazioni, mettendo in secondo piano l'interesse di identificare i soggetti che commettono attività criminose via *web*.

Il problema della responsabilità dei gestori degli *Internet point* è stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità, affermando che non sussiste la responsabilità del gestore di un *Internet point* a titolo di diffamazione, per non aver impedito l'evento *ex art. 40*,

comma 2, c.p., relativamente all'invio di una mail avente contenuto diffamatorio, in quanto il gestore non ha alcun potere di controllo sui contenuti dei dati inviati dall'utente, essendogli impedita l'intercettazione fraudolenta ex art. 617 *quater* c.p., mentre ha l'obbligo di identificare gli utenti che facciano uso del terminale ai soli fini della prova dell'utilizzazione e non per impedire l'eventuale perpetrazione del reato¹²⁶.

La posizione della Corte è condivisibile e va riaffermata con forza. Balza infatti all'evidenza come l'obbligo di registrazione che grava sul titolare di un *internet point* (o quello che gravava sul titolare della rete *wi-fi*) è imposto per esigenze di carattere meramente amministrativo che nulla hanno a che vedere con l'attività di controllo volta ad impedire la commissione di reati. Del resto l'esistenza di una posizione di garanzia viene esclusa *in limine* dall'inesistenza di qualsivoglia potere impeditivo specifico il cui esercizio da parte del titolare, anzi, sarebbe perseguibile in quanto reato contro l'inviolabilità delle comunicazioni elettroniche.

4. Editoria on line e cartacea a confronto

L'avvento dell'era telematica e la crescente diffusione di notizie sul *web* ha avuto un forte impatto sulle modalità di commissione degli illeciti, ponendo nuove problematiche nell'ambito della tutela dell'onore e della reputazione.

La disciplina del reato di diffamazione prevista dal codice Rocco mal si adegua alle mutate esigenze di tutela di una società sempre più informatizzata e al passo con i tempi.

La diffusione delle notizie via *Internet* e le peculiarità del mezzo, rendono non più differibile un intervento legislativo in tema di diffamazione telematica volto a disciplinare

¹²⁶ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2009, n.6046 afferma che: “La norma che prevede l'obbligo della identificazione dell'utilizzatore del terminale Internet non pone alcun obbligo di conoscenza né tantomeno di controllo da parte del gestore, delle comunicazioni inviate. Per cui anche se quest'ultimo avesse provveduto ad identificare l'utilizzatore, non avrebbe mai potuto impedire l'invio delle e-mail di contenuto diffamatorio, non avendo egli alcun potere di controllarne il contenuto. Ed infatti l'art. 617 *quater* c.p. Vieta l'intercettazione fraudolenta di sistemi informatici e telematici, cioè l'intercettazione al di fuori dei casi consentiti dalla legge. [...] Né si può ritenere che il gestore possa essere ritenuto responsabile sotto il profilo del dolo eventuale, perché, comunque, il gestore non aveva alcun obbligo, anzi, in base alle norme sopra richiamate, gli era impedito di prendere contezza in alcun modo del contenuto della comunicazione inviata. Così il reato ugualmente si sarebbe verificato anche se il gestore avesse annotato le generalità dell'utilizzatore del terminale per l'invio della posta elettronica. L'annotazione dei dati dell'utilizzatore infatti, è richiesta ai fini della prova dell'utilizzazione e non al fine di impedire l'eventuale reato. E ciò a meno che il gestore non concorra nel reato ex art.110 c.p., avendo piena conoscenza della delittuosità della comunicazione e avendone determinato l'inoltro. Il che nella specie non risulta dalla sentenza dei giudici di merito”.

organicamente la materia a livello comunitario ed internazionale.

Nell'ambito dell'informazione, la rete ha permesso di trasformare radicalmente il modo di comunicare: alla tempestività dell'informazione, in costante aggiornamento, si aggiungono la gratuità del servizio, l'istantaneità nel reperimento delle notizie e la possibilità di diretta interazione da parte degli utenti. Dunque, alla tradizionale carta stampata si affianca *Internet*, andando così ad ampliare le possibilità di diffamazione.

Tuttavia, la sola immissione in rete della notizia diffamatoria non è idonea a configurare la consumazione del reato di diffamazione, poiché trattandosi di un reato di evento (*supra* § 1.2), occorrerà la prova dell'accesso da parte degli utenti al sito *web*.

La prova delle visite al sito potrà essere raggiunta agevolmente facendo riferimento ai dati a disposizione di tutti i *server*, che rendono possibile l'accertamento del numero degli utenti che visitano il sito¹²⁷. La mancanza di prova dell'effettiva percezione del messaggio da parte di terzi, qualora la condotta sia idonea a diffondere messaggi diffamatori, renderà configurabile l'ipotesi del tentativo del reato di diffamazione. Sarà altresì configurabile il reato impossibile, nel caso in cui il messaggio non sia mai stato posto in rete in conseguenza ad un difetto dello strumento informatico utilizzato dall'agente¹²⁸.

Dopo aver approfondito i termini del dibattito circa l'estensibilità alla stampa telematica del regime di responsabilità previsto dall'art. 57 c.p. (*supra*, § 2.2), ci proponiamo ora di esaminare alcuni profili di interesse riguardanti l'equiparazione della testata giornalistica *on line* rispetto alla stampa dal punto di vista della diffamazione¹²⁹.

L'articolo 595, comma 3, c.p. fa riferimento oltre alla diffamazione realizzata “*col mezzo della stampa*”, all'ipotesi aggravata commessa “*con qualsiasi altro mezzo di*

¹²⁷ CHINDEMI, *La diffamazione a mezzo stampa*, 2006, p.169 ritiene che l'accesso al sito da parte degli utenti possa avvenire in maniera casuale, attraverso la possibilità di ricerca delle informazioni tramite i c.d. *motori di ricerca*. Tali strumenti consentono di acquisire informazioni sulle materie d'interesse digitando l'indirizzo web prescelto tra i siti predisposti dallo stesso motore di ricerca. Non è richiesta la prova dell'avvenuta conoscenza della notizia da parte dell'utente a seguito di un'attenta lettura, “*assumendo rilevanza il mero accesso al sito che ha divulgato la notizia, così come per la diffamazione a mezzo stampa non si richiede la prova che il lettore del quotidiano o periodico abbia letto la notizia diffamatoria*”.

¹²⁸ Cass., Sez. V, 17 novembre 2000, n. 4741, secondo cui: “*sono ben immaginabili sia il tentativo (l'evento non si verifica perché, in ipotesi, per una qualsiasi ragione, nessuno visita quel sito), sia il reato impossibile (l'azione è inidonea, perché, ad esempio, l'agente fa uso di uno strumento difettoso, che solo apparentemente gli consente l'accesso ad uno spazio web, mentre in realtà il suo messaggio non è mai stato immesso in rete)*”.

¹²⁹ Cass., Sez. V, 17 novembre 2000, n. 4741, ha affermato che la diffamazione commessa attraverso *Internet* integra un'ipotesi aggravata realizzata “*con qualsiasi altro mezzo di pubblicità*” ex art. 595, comma 3, c.p.

pubblicità”.

In tal caso, il legislatore, prevedendo in via alternativa alla diffamazione a mezzo stampa quella arrecata tramite i nuovi strumenti di comunicazione, sembrerebbe escludere ogni tentativo di equiparazione, con la conseguente inapplicabilità della disciplina riservata al mezzo della stampa alla diffamazione perpetrata sul *web*.

4.1. (In)applicabilità del reato di omesso controllo ai periodici on-line

Ebbene, dopo aver esaminato – sia pur in breve – le questioni emergenti e lo *status* del dibattito concernente l’art. 57 c.p., giungiamo ora a trattare del *punctum dolens* che maggiormente interessa l’argomento della presente dissertazione. Ci si domanda se, ed in che misura sia possibile assimilare la figura del direttore di una testata cartacea ai soggetti tenuti alla direzione delle testate telematiche.

La giurisprudenza di merito ha tentato di estendere la normativa in materia di stampa, specialmente con riguardo alla responsabilità del direttore del periodico ex art. 57 c.p., alla diffamazione a mezzo *Internet*. Cercheremo ora di comprendere in base a quali argomenti ciò è stato fatto.

L’art. 1 della legge sulla stampa, che considera stampa o stampato “*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*”.¹³⁰

Dunque, *prima facie*, la telematica non è stampa: non vi è una riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici.¹³¹ Ciò comporta, in ossequio al principio di legalità in ambito penale, il divieto di estensione analogica in *malam partem* della disciplina della stampa alla comunicazione telematica.¹³²

¹³⁰ Legge 8 febbraio 1948, n. 47, pubblicata nella Gazz. Uff. 20 febbraio 1948, n. 43, il cui art.1 stabilisce che “sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione”;

¹³¹ ZENCOVICH Z., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, p.16, ritiene ovvio tale assunto, sebbene necessiti di essere precisato nei suoi elementi costitutivi: “Se per telematica, intendiamo la trasmissione/ricezione di messaggi in forma elettronica da un soggetto ad un altro soggetto o ad altri soggetti determinati o indeterminati attraverso una rete di telecomunicazioni constatiamo che essa è assolutamente diversa da quella riportata dall'art.1 della legge sulla stampa (L.8 febbraio 1948, n.47)”

¹³² Gip Trib. di Aosta 15 febbraio 2002, n.22, ha assolto l'imputato in forza del principio espresso dagli artt. 1 c.p. e 14 preleggi, non ritenendo il testo reso pubblico mediante un sito *Internet* assimilabile ad uno stampato, se non compiendo un'operazione analogica in *malam partem*, non consentita dall'ordinamento: “Il

Inoltre, non può ritenersi valido l'assunto secondo cui è possibile procedere alla stampa di una rivista *on line*, poiché trattasi di una conseguenza meramente eventuale, essendo la stessa rimessa alla discrezionalità dell'utente e verificandosi in un momento successivo rispetto alla pubblicazione e quindi alla sua diffusione via web.¹³³ Il soggetto utilizza lo stampato per uso proprio, difettando il requisito della pubblicazione ma qualora decidesse di duplicarlo e diffonderlo, potrà considerarsi propriamente come uno stampato ai sensi dell'art.1, l.47/1948. Ovviamente, l'applicazione delle disposizioni sulla stampa, sarà riferibile a tale ultimo soggetto e non a colui che ha proceduto alla pubblicazione della notizia in via telematica.¹³⁴

Occorre accertare anche se sussiste un obbligo di registrazione per le riviste telematiche. La legge sull'editoria¹³⁵ impone la registrazione delle riviste informatiche a

concetto di riproduzione, che costituisce il fulcro della definizione di stampato ex art. 1, l. n. 47/1948, presuppone – da un punto di vista logico – una distinzione fisicamente percepibile tra l'oggetto da riprodurre e le sue riproduzioni, essendo poi indifferente il procedimento fisico-chimico mediante il quale la riproduzione viene posta in essere". Il testo pubblicato su un sito Internet non può considerarsi una "riproduzione" in quanto, i *files* pubblicati su *Internet* non sono riproduzioni, ma documenti informatici originali, che possono essere consultati dagli utenti mediante l'accesso al sito e riprodotti solo eventualmente. Perciò, il titolare di un sito *Internet* non può ritenersi responsabile delle riproduzioni eventuali poste in essere dagli utenti; cfr. *App. Roma, 11 gennaio 2001*, in *Dir. Inf.*, 2001, p.31, che ha ritenuto impossibile estendere la qualifica di direttore responsabile del quotidiano "La Repubblica" anche al notiziario telematico "La Repubblica.it" in quanto non costituente stampato e non assoggettabile a registrazione, stante il divieto di applicazione analogica in *malam partem* delle norme penali.

¹³³ CHINDEMI, *La diffamazione a mezzo stampa, cit.*, p.171, riguardo al tema della non assimilabilità della rivista telematica alla stampa, ritiene che, nel caso di memorizzazione del materiale su *files* di supporti fissi o mobili, mancando una procedura volta alla pubblicazione non può riscontrarsi la diffusione presso terzi, requisito indefettibile della pubblicazione a mezzo stampa. Nel caso in cui si dovesse procedere alla pubblicazione su riviste o giornali di notizie apprese da una fonte telematica, sarà considerato autore del reato colui che ha effettuato la stampa e non chi ha diffuso la notizia riportata per via telematica; PEZZELLA, *La diffamazione, cit.* p. 537, ritiene che non sia possibile assimilare lo stampato ad un sito *web* "né può valere a farli ritenere tali la considerazione che normalmente un computer è collegato ad una stampante e tutto ciò che viene visualizzato *on line* può essere stampato. In primo luogo, infatti, vi sono contenuti (si pensi, ad esempio, alle immagini in movimento), che non possono essere stampati. Ma, soprattutto, vale la considerazione che la trasposizione su carta, nel caso di documenti *on line*, avviene ad opera del fruitore e non, come avviene per la stampa, ad opera di chi pone in commercio o diffonde il prodotto tipografico".

¹³⁴ ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa, cit.*, p.19 ritiene che le comunicazioni telematiche non costituiscano "riproduzioni" tipografiche *et similia* bensì tecniche completamente diverse che comportano la riproduzione e la memorizzazione delle informazioni su supporti informatici fissi o mobili. La fase della riproduzione, ponendosi come eventuale, si colloca alla fine del processo ed avviene ad opera di colui che riceve il messaggio e non per volontà di chi lo predispone sul *web*.

¹³⁵ Legge 7 marzo 2001, n.62, il cui art.1, comma 1, definisce il prodotto editoriale: "il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici".

diffusione esclusivamente telematica, estendendo la normativa sulla stampa a qualunque prodotto realizzato sia su supporto cartaceo che informatico destinato alla pubblicazione o alla diffusione con ogni mezzo, anche elettronico.

L'applicazione della disciplina sulla stampa ai siti *web* deve essere eseguita nel rispetto dei requisiti previsti per i giornali cartacei che corrispondono, ai sensi dell'art.2 della legge n. 47/1948, all'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione, il nome e il domicilio dello stampatore e dell'editore; nonché, ai sensi dell'art. 5, l'obbligo di registrazione presso la cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione deve effettuarsi la pubblicazione¹³⁶.

Tuttavia, essendo l'obbligo di registrazione previsto soltanto “*ai fini della presente legge*”, non dovrebbe potersi procedere ad un'equiparazione vera e propria tra rivista telematica e stampato. La legge 62/2001 infatti, è finalizzata a concedere delle agevolazioni fiscali all'editoria telematica e quindi l'obbligo di registrazione sarà limitato a tale scopo¹³⁷.

Il divieto di analogia in *malam partem* preclude l'estensione dell'obbligo di registrazione in mancanza di una norma penale che sancisce l'equiparazione tra testata telematica e cartacea. Dovrebbe, quindi ritenersi, insussistente un obbligo di registrazione

¹³⁶ La attentissima lettura fornita dal PICOTTI L., *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, 2013, p. 212 ritiene applicabili gli artt.2 e 5, l.47/1948 ai soli siti *Internet* che forniscano informazioni in via professionale, riscontrandone l'assimilabilità alla stampa in quanto espressione di giornalismo professionale: “*la norma di cui all'art.1, legge n.62 del 2001, che rende applicabili gli artt.2 e 5 legge sulla stampa, si riferisce ai soli giornali o riviste on line. Non è, invece applicabile, alla grande moltitudine di siti amatoriali o anche di diversa natura, che però abbiano differente oggetto o funzioni, quali, ad es. i siti istituzionali di enti pubblici e privati (compresi quelli delle Università), di imprese, pubblicitari, ecc.*”

¹³⁷ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.539 ss. richiama il dibattito fra gli interpreti in seguito all'introduzione della normativa relativa alla registrazione delle testate, rilevando la sussistenza di due orientamenti contrapposti: da un lato vi era chi affermava l'esistenza di un obbligo di registrazione per tutte le testate on line; dall'altro chi sosteneva la necessità di registrazione e la sottoposizione ai conseguenti obblighi solo per i periodici on line intenzionati ad accedere alle agevolazioni economiche e fiscali previste dalla legge 62/2001. Il legislatore è intervenuto nel 2003, con un'interpretazione autentica della l. 62/2001, avallando la seconda tesi, precisando, al 3° co. dell'art. 3, d.lg. 9 aprile 2003, n. 70 che “*la registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla l. 7 marzo 2001, n. 62*”. Se si intendono chiedere le “*provvidenze per l'editoria*”, è obbligatoria anche l'iscrizione nel Registro degli operatori di comunicazione (ROC), tenuto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM). Tuttavia con la legge 16 luglio 2012, n. 103, all'art. 3 *bis*, il legislatore ha escluso dall'obbligo di registrazione al tribunale e al ROC, “*le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica ovvero on line, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguano ricavi annui da attività editoriale non superiori a 100.000 euro*”.

per le riviste telematiche presso la cancelleria del Tribunale, ai sensi dell'articolo 5 della legge 47/1948 o presso il Registro nazionale della Stampa¹³⁸.

Non mancano orientamenti contrari che estendono la definizione di prodotto editoriale anche alla diffamazione a mezzo *Internet* ai sensi dell'art. 1 della legge 62/2001¹³⁹.

Le riviste telematiche possono essere di due tipologie: diffuse esclusivamente via *Internet* o stampate su carta e diffuse anche via *Internet*.

In riferimento a queste ultime non si pone alcun problema, in quanto la registrazione funge da presupposto della stampa periodica e la diffusione telematica è un *quid pluris* rispetto alla diffusione cartacea; mentre per quanto concerne le riviste diffuse solamente *on line*, non è previsto alcun obbligo di registrazione, non sussistendo una norma che lo sancisca¹⁴⁰.

In chiave critica dell'impostazione giurisprudenziale e dottrinale prevalente, si potrebbe però affermare che l'inapplicabilità dell'art. 57 al direttore del quotidiano o periodico *on-line* – della quale, diffusamente, abbiamo trattato al precedente *paragrafo* 2.2 – lascia perplessi sotto alcuni punti di vista. Non può essere pacificamente affermato che la norma sarebbe applicata *in malam partem* ad un soggetto attivo non ricompreso nel tenore della norma. Si possono delineare delle ipotesi di applicazione soltanto estensiva della disposizione che, come noto, non contravvengono al divieto di estensione analogica né a quello contenuto nell'art. 15 della Disposizioni sulla legge in generale.

¹³⁸ *Contra* si è espresso il Trib. di Roma, 6 novembre 1997, che ha ampliato la tradizionale nozione di periodico, onde adeguarla alle forme di diffusione più moderne, ritenendo che anche i giornali telematici debbano essere assoggettati all'obbligo di registrazione di cui all'art.5 l.48/1947. Infatti “*un periodico telematico può beneficiare della tutela rappresentata dalla registrazione, in quanto possiede sia il requisito ontologico, sia quello finalistico relativo alla diffusione delle notizie, pur con una tecnica di diffusione diversa dalla stampa*”. Viene richiamato l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione volto a ricomprendere nel concetto di periodico ogni pubblicazione programmaticamente periodica “*quale ne sia il contenuto informativo e ne sia stata o no prestabilita la conclusione del piano di pubblicazione. Né a fondare l'esclusione della tipologia può valere il fatto che il messaggio di cui è portatrice sia trasmesso in tutto o in parte con mezzi diversi dalla stampa tradizionale*”, sancendo così, la compatibilità delle nuove tecniche editoriali con la normativa vigente.

¹³⁹ Trib. Latina, ord. 7 giugno 2001 il GIP dispone il sequestro preventivo dei beni *hardware* e *software* nonché al loro prodotto telematico relativo al dominio e al sito presso l'internet provider, considerando il sito Internet prodotto editoriale ai sensi dell'art. 1 l. n. 62/01 ed equiparandolo, ai fini dell'applicazione dell'art. 2 della l. n. 47/48 ai prodotti editoriali, alla disciplina riservata alla stampa per le “*maggiori garanzie ad essa attribuite in virtù della importante funzione svolta in una società democratica dai mezzi di comunicazione di massa, dei quali internet fa parte a pieno titolo*” .

¹⁴⁰ CHINDEMI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., p.175

Potrebbe essere effettuata una *distinctio* di massima tra editoria *on-line* impropria ed editoria *on-line* propria¹⁴¹. Quest'ultima è disciplinata da norme di diritto pubblico che impongono, oltre alla registrazione, anche la designazione di un direttore. Ne deriva che l'affidabilità che il pubblico ripone nelle notizie contenute su una testata giornalistica telematica registrata, nella moderna società dell'informazione, ben potrebbe essere assimilata a quella riposta nelle testate cartacee. Non sarebbe paradossare, dunque, fornire una interpretazione estensiva-evolutiva della disposizione che, scongiurato il rischio di applicazione analogica, rassicuri i timori giurisprudenziali connessi all'inesigibilità del controllo esperibile da parte del direttore. Stampa cartacea e stampa telematica verrebbero ad essere assimilate solo in ipotesi di stretta condivisione di ruolo e disciplina tra le due.

In conclusione riteniamo che, ferma la bontà *de lege lata* delle opinioni della giurisprudenza maggioritaria e della dottrina, facenti leva sul rispetto del principio di tassatività e del divieto di applicazione analogica, vi siano degli spazi interpretativi per poter arguire un'interpretazione evolutiva del concetto di stampa nella moderna società dell'informazione.

Per quanto riguarda, infine, le scriminanti del diritto di cronaca, critica e satira, non vi sono ostacoli al riconoscimento delle stesse in perfette condizioni di parità rispetto alla stampa cartacea: anzitutto perché si tratta di scriminanti atipiche e non codificate, aventi portata generalizzata; secondariamente perché l'estensione, in questo caso sarebbe *in bonam partem*, in quanto le scriminanti depongono chiaramente a favore del reo¹⁴².

Inoltre i diritti fondamentali posti alla base di tali cause di giustificazione debbono essere intesi in senso lato. L'articolo 21 della Costituzione italiana, l'articolo 10 CEDU e l'articolo 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, riconoscono la libertà di manifestazione del pensiero quale diritto fondamentale della persona, non limitandolo a

¹⁴¹ Possiamo definire editoria *on-line impropria* l'attività, comunemente svolta, di pubblicazione di notizie su un portale ad opera di una cerchia più o meno ristretta di *administrators* o di utenti (*blog, forum, chatroom*, periodici esenti dall'obbligo di registrazione etc.). Per editoria *on-line propria*, invece, intendiamo quella sottoposta ad obbligo di registrazione e pubblicata, quindi, nelle forme rituali. Ricordiamo, sul punto che in base all'art. 3-bis del Decreto Legge 103/2012, "*le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica ovvero on line, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguano ricavi annui da attività editoriale non superiori a 100.000 euro, non sono soggette agli obblighi stabiliti dall'articolo 5 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, dall'articolo 1 della legge 5 agosto 1981, n. 416, e successive modificazioni, e dall'articolo 16 della legge 7 marzo 2001, n. 62, e ad esse non si applicano le disposizioni di cui alla delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 666/08/CONS del 26 novembre 2008, e successive modificazioni*", ferma comunque restando la necessità dell'indicazione di un direttore responsabile iscritto all'Albo.

¹⁴² In questo caso l'art. 14 delle Preleggi ove si riferisce alle "*leggi penali*" non sarebbe d'ostacolo all'applicazione analogica, se il richiamo è inteso come "norme penali incriminatrici".

specifiche aree di pertinenza o settori di attività.

Tali principi sono stati applicati anche con riferimento alle comunicazioni telematiche ed in particolare alla trasmissione dei dati su un sito *Internet*: “*essendo ormai internet un potente mezzo di diffusione di notizie, immagini e idee anche attraverso di esso si estrinseca quel diritto di esprimere le proprie opinioni, diritto che costituisce uno dei cardini di una democrazia matura e che per tale ragione, figura in una posizione centrale nella vigente Carta Costituzionale. I diritti di cronaca e di critica discendono direttamente dall'art.21 Cost. e non sono riservati solo ai giornalisti o a chi fa informazione professionalmente, ma fanno riferimento all'individuo uti civis. Chiunque, pertanto, e con qualsiasi mezzo, può riferire fatti, manifestare opinioni e produrre critica e cronaca.*”¹⁴³.

5. La sequestrabilità dei siti web

L'avvento di Internet ha sollevato questioni in merito alla problematica concernente la sequestrabilità, totale o parziale, di un sito web, attraverso l'imposizione all'indagato, all'imputato o ad un terzo di un *facere* consistente nel porre in essere tutte le operazioni tecniche necessarie ad oscurare il sito per renderlo inaccessibile agli utenti¹⁴⁴.

Si è posto in particolar modo il problema dell'estensione delle garanzie costituzionali in materia di stampa previste dall'articolo 21, comma 3, Cost. alle manifestazioni del pensiero trasmesse in via telematica tramite *blog, mailing list, chat, newsletter, email e newsgroup*.¹⁴⁵

La questione concernente l'ammissibilità del sequestro preventivo¹⁴⁶ di un *sito web* ed

¹⁴³ Cass., Sez.V, 25 luglio 2008, n. 31392

¹⁴⁴ La giurisprudenza di legittimità si è orientata in senso positivo sul punto, ritenendo legittimo il sequestro preventivo di un sito telematico o di una pagina web, mediante l'imposizione al fornitore di connettività o al detentore della risorsa elettronica di porre in essere le operazioni tecniche necessarie per rendere il sito o la pagina non accessibili dagli utenti in rete. Cfr. Cass., Sez.V, 19 settembre 2011, n.46504; Cass., Sez.V, 10 gennaio 2011, n.7155; Cass., Sez.V, 30 ottobre 2013, n.11895; Cass., Sez.V, 5 marzo 2014, n.10594.

¹⁴⁵ Cass., Sez.V, 12 marzo 2014, n.11895

¹⁴⁶ Art. 321 c.p.p. dispone che : “1. Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. 2. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca. 2 bis. Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca. 3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti,

in particolare di una pagina web di una testata giornalistica telematica registrata è stata rimessa alle Sezioni Unite.¹⁴⁷

Il sito web essendo un'entità dematerializzata, non può configurarsi come “*id quod tangi potest*”, perciò la misura cautelare si troverebbe in contrasto con il principio di legalità processuale, non si concretizzandosi nella materiale apprensione della cosa pertinente al reato, bensì in un'imposizione di operazioni tecniche volte ad oscurare il sito incriminato in modo tale da renderlo inaccessibile agli utenti.

Il sequestro preventivo è disciplinato dall'articolo 321 c.p.p. ed opera con funzione inibitoria rendendo indisponibile la cosa con un'incisività analoga alla custodia cautelare e ad altre forme di misure cautelari personali. L'istituto mira alla tutela della collettività, impedendo che l'utilizzo della cosa possa agevolare la *perpetuatio criminis* o indurre la commissione di altri reati.

L'oggetto su cui ricade la misura cautelare deve presentare una pericolosità tale da giustificare l'imposizione del vincolo, prescindendo da qualunque profilo di colpevolezza inerente all'autore del fatto criminoso.

Dunque, deve sussistere un rapporto di pertinenzialità tra la cosa e il reato, affinché possa operare il sequestro preventivo.

Tuttavia, le Sezioni Unite in merito alla sequestrabilità di un sito hanno rilevato la particolarità dell'oggetto sottoposto alla loro attenzione, il quale non può qualificarsi come un'entità materiale suscettibile di essere appresa, bensì di un “*prodotto del pensiero umano che circola liberamente nella rete telematica in forma dematerializzata*”. Per tale

anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria. 3 bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria. 3 ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3 bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate”.

¹⁴⁷Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022

ragione, il sequestro preventivo di risorse telematiche sarà subordinato all'intervento dell'*Internet Service Provider* che dovrà provvedere ad impedire l'accesso al sito o alla pagina web, disponendo il blocco o la cancellazione del file incriminato.

Internet viene definito come “*una metodologia di comunicazione ipertestuale che consente l'accesso a qualsiasi contenuto digitale posto su sistemi informatici connessi alla rete*”: il dato informatico è incorporato in un supporto fisico, perciò la dimensione fisica delle informazioni telematiche è ravvisabile facendo riferimento alla struttura dei *files* materialmente memorizzati all'interno di un *computer*¹⁴⁸.

La visualizzazione dei documenti informatici avviene attraverso un programma *browser* installato nel computer dell'utente, che, individuato il documento, lo preleva e lo copia, rendendolo visibile.

Viene sottolineato come l'entrata in vigore della legge 18 marzo 2008, n. 48, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica e di adeguamento del nostro ordinamento agli impegni assunti con la medesima Convenzione, abbia condotto all'equiparazione del dato informatico al concetto di “cosa”, che, se pertinente al reato, può essere oggetto di sequestro.

La conferma di tale equiparazione è rinvenibile nell'introduzione tra i delitti contro il patrimonio degli articoli 635-*bis* e 635-*ter* c.p. e degli articoli 635 *quater* e 635 *quinqües* c.p, che prendono in considerazione il dato informatico nella sua accezione di “cosa”, qualificandolo come oggetto materiale del danneggiamento a prescindere dal sistema informatico nel quale viene inserito¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, nella quale si afferma che “*la dimensione fisica delle informazioni reperibili attraverso la rete telematica consiste nella struttura di ciascun file e si radica spazialmente nel computer, al cui interno il documento è materialmente memorizzato. I documenti reperibili in rete non sono altro che files (registrazioni magnetiche o ottiche di bytes) registrati all'interno dei server degli Internet Service Providers ovvero sui computer degli utenti, utilizzando un sia pure infinitesimale spazio fisico. Il dato informatico, quindi, è incorporato sempre in un supporto fisico, anche se la sua fruizione attraverso la rete fa perdere di vista la sua “fisicità”*”.

¹⁴⁹ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, sottolineano come le modifiche apportate, in esecuzione di tale Convenzione, dalla legge n. 48 del 2008 al codice penale e a quello di procedura penale si pongano a conferma dell'assimilazione del dato informatico alle “cose”. Ciò ha condotto all'introduzione, tra i delitti contro il patrimonio, degli artt. 635-*bis* e 635-*ter* cod. pen., che prevedono il “*Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici*” e degli artt. 635 *quater* e 635 *quinqües* c.p., che puniscono il “*Danneggiamento di sistemi informatici o telematici*” privati o di pubblica utilità. Le Sezioni Unite evidenziano sul punto come: “*La netta distinzione dei primi due reati dagli ultimi due conferma che il dato informatico di per sé, considerato quale cosa, può essere oggetto di danneggiamento separatamente dal danneggiamento del sistema informatico nel quale è inserito. E come anche le innovazioni introdotte nel codice di rito, con riferimento alle norme relative ai mezzi di ricerca della prova e all'attività a iniziativa*”.

Il Collegio ritiene che il sequestro preventivo di risorse telematiche o informatiche debba concretizzarsi in una vera e propria inibitoria rivolta al fornitore di connettività, che deve impedire agli utenti l'accesso al sito o alla singola pagina web incriminati ovvero provvedere alla rimozione del file che viene in rilievo. Tale funzione inibitoria è l'unica in grado di assicurare effettività alla misura cautelare, come emerge anche dalla lettura congiunta e coordinata delle disposizioni del D.Lgs 70/2003 che ha regolamentato l'intera gamma dei servizi in rete negli articoli 14,15,16 e 17, sancendo la sussistenza di un obbligo di attivazione in capo al *provider*.

È richiesto perciò un duplice intervento da parte del fornitore di servizi al fine di paralizzare le conseguenze dannose del reato o il rischio di reiterazione dell'attività criminosa: la negazione dell'accesso degli utenti alle risorse elettroniche incriminate, che interviene attraverso l'imposizione del sequestro preventivo; e l'intervento tecnico volto a rendere indisponibili tali risorse¹⁵⁰.

Le Sezioni Unite, alla luce delle argomentazioni sviluppate, affermano il seguente principio di diritto: *“Ove ricorrano i presupposti del fumus commissi delicti e del periculum in mora, è ammissibile, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen. di un sito web o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata”*.

Viene, poi, esaminata l'ulteriore questione dell'ammissibilità o meno del sequestro preventivo di una testata giornalistica *on line* regolarmente registrata o di una pagina *web* di detta testata.

La Carta Fondamentale garantisce il principio della libera manifestazione del pensiero elevando la libertà di stampa a condizione essenziale per lo sviluppo di uno stato

della polizia giudiziaria, evidenziano chiaramente che il dato informatico è normativamente equiparato a un oggetto fisico”.

¹⁵⁰ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, richiama gli artt. 14,15, 16 e 17 del D.Lgs. n.70/2003. La Suprema Corte evidenzia la compenetrazione di tale disciplina al contenuto dell'articolo 321 c.p.p., consentendo di superare qualunque riserva circa la possibilità di sottoporre a sequestro preventivo i dati informatici che circolano in rete in forma dematerializzata. Viene affermato che *“nell'ambito del mondo digitale, il sequestro preventivo, ove ne ricorrano i presupposti, investe direttamente la disponibilità delle risorse telematiche o informatiche d'interesse, equiparate normativamente a “cose”, e ridonda, solo come conseguenza, anche in inibizione di attività, per garantire concreta incisività alla misura. Questa, quindi, non tradisce la sua connotazione di cautela reale e non si pone comunque, anche in relazione al suo risvolto inibitorio, al di fuori della legalità, tenuto conto delle specifiche previsioni normative di cui al d.lgs. n. 70 del 2003”*.

democratico.

La stampa, proprio per le funzioni che è chiamata a svolgere, gode di una tutela rafforzata *ex art.21*, comma 3, Cost.: il sequestro preventivo può essere disposto soltanto nelle ipotesi tassativamente previste, come eccezioni, dalla legge. La misura cautelare reale, sarà perciò inibita per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, poiché in un'ottica di bilanciamento degli interessi contrapposti, prevarrà la salvaguardia della libertà d'informazione.

Dottrina e giurisprudenza ritengono che non possano estendersi le garanzie costituzionali previste per la stampa alle manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, in quanto Internet non è riconducibile alla stampa nella sua accezione tecnica di “carta stampata”.

Le Sezioni Unite evidenziano come la portata riduttiva del termine “stampa” *ex art.1* della legge n. 47 del 1948 sia strettamente connessa alle tecnologie dell'epoca, perciò tenendo conto dei notevoli progressi tecnologici nel settore, non può non addivenirsi ad un'interpretazione estensiva del termine. Non rileva, secondo la Suprema Corte, la tecnica di diffusione del giornale ma solo lo scopo informativo dell'attività giornalistica posta in essere e “*un giornale può ritenersi tale se ha i requisiti, strutturale e finalistico, di cui si è detto sopra, anche se la tecnica di diffusione al pubblico sia diversa dalla riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici*”.

Il concetto di “stampa” deve ricomprendere la nuova realtà dei quotidiani o periodici *on line* regolarmente registrati, poiché l'obbligo di registrazione della testata *on line* non è qualificabile come un mero adempimento amministrativo ma è funzionale ad individuare le responsabilità inerenti alle pubblicazioni e a rendere operative le corrispondenti garanzie costituzionali, pertanto, il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, in quanto ontologicamente e funzionalmente assimilabile alla pubblicazione cartacea.¹⁵¹

¹⁵¹ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, ritiene che il giornale telematico sia qualificabile come prodotto editoriale: “È, infatti, un prodotto editoriale, con una propria testata identificativa, diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un *hostig provider*, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC. Il percorso ermeneutico privilegiato, per pervenire alla ritenuta equiparazione tra i due prodotti editoriali, è il solo che scongiura tensione tra i due rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Carta fondamentale, evitando il rischio di riservare, al di là di qualsiasi ragionevolezza, trattamenti differenziati

Tuttavia, i giudici di legittimità non equiparano *tout court* i mezzi informatici e telematici di manifestazione del pensiero alla stampa, circoscrivendo l'interpretazione estensiva ai soli casi che siano riconducibili alla stampa essendo connotati come tali strutturalmente e finalisticamente.

Pertanto, l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, deve tenersi distinta dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo attraverso *forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list* e pagine *Facebook*.¹⁵²

La Suprema Corte, privilegiando un'interpretazione estensiva del termine stampa, in coerenza con la *mens legis*, enuncia i seguenti principi: “*La testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di 'stampa' e soggiace alla normativa, di rango costituzione e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico*”; “*Il giornale on line, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa*”.¹⁵³

Il dispositivo della sentenza estende la garanzia dell'art. 21 co. 3 Cost. alla rete, sia pure limitatamente all'informazione professionale. Tuttavia, la motivazione non è andata esente da critiche, soprattutto alla luce del principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3

a due fattispecie praticamente identiche sotto il profilo della loro funzionalità . Conseguentemente, la “stampa telematica”, al pari di quella tradizionale, in quanto emancipata da qualsiasi forma di censura, non può essere sottoposta a sequestro preventivo, se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, e soggiace alle norme che disciplinano la responsabilità per gli illeciti commessi”.

¹⁵² Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, ritiene che tali le forme di comunicazione telematica siano espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ex art. 21, primo comma, Cost., ma che non possano godere delle garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa, trattandosi di siti Internet generici che non sono soggetti alle tutele e agli obblighi previsti dalla normativa sulla stampa: “*È di intuitiva evidenza che un quotidiano o un periodico telematico, strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile (spesso coincidenti con quelli della pubblicazione cartacea), non può certo paragonarsi a uno qualunque dei siti web innanzi citati, in cui chiunque può inserire dei contenuti, ma assume una sua peculiare connotazione, funzionalmente coincidente con quella del giornale tradizionale, sicché appare incongruente, sul piano della ragionevolezza, ritenere che non soggiaccia alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo*”.

¹⁵³ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022, precisano che l'interpretazione estensiva del concetto di stampa in riferimento ai quotidiani o periodici *on line*, non può applicarsi anche in relazione ai commenti dei lettori: “*Le garanzie e le responsabilità previste, per la stampa, dalle disposizioni sia di rango costituzionale, sia di livello ordinario, devono essere riferite ai soli contenuti redazionali e non anche ad eventuali commenti inseriti dagli utenti (soggetti estranei alla redazione), che attivano un forum, vale a dire una discussione su uno o più articoli pubblicati*”.

Cost.

La Suprema Corte opera una distinzione fra media cartaceo e media telematico: vi sono mezzi informatici riconducibili alla stampa, come le testate giornalistiche *on line* registrate, e la diffusione delle notizie che traggono origine dai soggetti *motu proprio* mediante *forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list e social networks*.

È stato osservato come i giudici di legittimità siano giunti a tale assunto sulla base di valutazioni discrezionali che non trovano alcun riscontro nel tessuto normativo¹⁵⁴.

L'attività giornalistica è affidata sempre più ai nuovi mezzi di comunicazione e non solo alle testate registrate, perciò appare discutibile operare distinzioni sulla base di tale adempimento burocratico.

Inoltre, non sembra possibile ritenere che la garanzia prevista dall'art. 21, co. 3, Cost., possa valere solo per i giornali, essendovi ricompresi anche i volantini, i libri ed i manifesti, a prescindere dall'argomento trattato.

La nozione di stampa non può essere estesa alle pubblicazioni sul web, se non attraverso una forzatura del dato normativo e qualora la giurisprudenza si uniformasse all'impostazione assunta dalle Sezioni Unite, subordinando la disciplina della stampa ad un obbligo di registrazione delle testate telematiche, con la conseguente estensione della responsabilità per omesso controllo in capo al direttore della testata on line ex art.57 c.p., sarebbe violato il principio di tassatività previsto dall'art. 25 Cost.

Tuttavia, pur trattandosi di mezzi di comunicazione connotati da caratteri peculiari, Internet e stampa sono entrambi manifestazione della libertà del pensiero e “*se quest'ultima “usa” un mezzo più moderno, sembra davvero doveroso applicare alla disposizione l'interpretazione analogica in chiave evolutiva. Diversamente opinando, bisognerebbe concludere che, qualora la stampa fosse superata dal progresso tecnologico, con essa cadrebbe anche uno dei corollari al principio secondo cui gli illeciti*

¹⁵⁴ MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, Nota a Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31022, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p.9 ss., L'A. avanza alcune perplessità inerenti al metodo della motivazione, ritenuta non convincente rispetto al principio di uguaglianza: “*Il principio di uguaglianza, al pari di tutti gli altri “postulati” generali dell'ordinamento, può, e anzi deve, indirizzare i giudici, anche quelli Supremi, a scegliere, tra le opzioni possibili, quella corretta o almeno quella più in armonia con i canoni costituzionali. Viceversa, l'impressione è che qui si sia forzato il dato normativo poiché altrimenti ciò avrebbe portato a un'interpretazione confliggente con l'art. 3 Cost. E così nel leggere la motivazione sembra di vedere la Corte scivolare in un terreno che le dovrebbe rimanere estraneo, appannaggio del legislatore*”.

in materia di libertà di espressione si puniscono ma non si prevengono”.

Non pare che il criterio per definire l’ambito di applicazione della garanzia costituzionale possa essere la diffusione di giornalismo professionale, come affermano le Sezioni Unite, in quanto né l’art. 21 Cost., né la legge sulla stampa operano una distinzione tra informazione giornalistica ed informazione diffusa da soggetti non professionali.

La soluzione più aderente al testo e allo spirito delle disposizioni costituzionali, sarebbe quella di estendere la tutela dell’art. 21 co. 3 Cost. alle pagine *web* che abbiano le stesse caratteristiche degli stampati, essendo esplicito sia l’autore del contenuto che la data di immissione in rete.¹⁵⁵

6. Aspetti procedurali della diffamazione *on line*

Dopo aver concentrato la nostra attenzione sui profili di carattere sostanziale, è ora il momento di dedicarci alle tematiche più strettamente processuali.

Si è già detto che un aspetto particolarmente problematico riguarda l’identificazione dell’autore della condotta diffamatoria *online* e che, detta circostanza, ha influito sulla avvertita necessità di estendere la responsabilità per omesso controllo degli operatori di *internet*.

6.1. Le modalità di ricerca della prova

L'utilizzo di sistemi informatici o telematici per la commissione di reati, pone il problema dell'acquisizione della prova digitale. È necessario un adeguamento della capacità investigativa all'evoluzione tecnologica in atto, in grado di scardinare l'*alibi*

¹⁵⁵ MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, cit. p.16 ritiene più convincente la soluzione contraria facendo ricorso all’interpretazione evolutiva: “*si potrebbe dire che la tutela nei confronti dei sequestri prevista dall’art. 21, co. 3, Cost. può essere estesa alle pagine web ove sia esplicito l’autore del contenuto e la data di immissione in rete. Ma forse è una questione di tempo: come si è visto, anni fa il sequestro on – line era sempre possibile, oggi sembra essere limitato ai siti che diffondono informazione giornalistica a livello professionale, domani speriamo che la garanzia sia ancora più estesa. Così accadrà se si rivelasse corretta la previsione di Johann W. Von Goethe, secondo cui «si osserva come le leggi severe presto si ottundano e divengano via via più larghe, perché la natura riafferma sempre i suoi diritti»*”.

informatico, uno tra gli alibi più difficili da demolire, cosicché risulti più agevole scoprire ed acquisire le cd. *digital evidence*¹⁵⁶.

È necessario operare una compenetrazione tra i tradizionali elementi di prova tipici del processo penale e gli ulteriori elementi inscindibilmente connessi ad un sistema informatico o telematico, idonei ad individuare un fatto o una circostanza utile all'accertamento della verità non potendo prescindere da una buona conoscenza delle regole, delle metodologie e degli strumenti utili a scoprire le tracce lasciate dalla macchina sui supporti informatici.

Il legislatore italiano ha ritenuto necessario dettare alcune modifiche al codice di procedura penale, con riferimento all'acquisizione e alla conservazione della prova digitale con la legge del 18 marzo 2008, n.48 con cui è stata ratificata la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001. Obiettivo principale della Convenzione di Budapest è la creazione di condizioni essenziali per la realizzazione di una risposta repressiva degli illeciti tempestiva ed efficace, in quanto l'accertamento dei *computer crimes* risulta imperniato sulla prova digitale, caratterizzata dall'immaterialità e dalla fragilità intrinseca del dato, determinate dal rischio di contaminazione dovuto ad un cattivo uso degli strumenti informatici ovvero alla scarsa conoscenza del sistema e delle sue funzioni. Inoltre, quando il reato è commesso nella rete o attraverso di essa, la vastità delle interconnessioni presenti rende difficoltoso individuare l'area territoriale e cronologica entro cui indirizzare l'indagine, dilatando l'area dei potenziali sospetti.¹⁵⁷

¹⁵⁶ L'International Organization on Computer Evidence (IOCE), organizzazione internazionale costituita nel 1998 con l'obiettivo di scambiare informazioni tra forze dell'ordine di tutti gli stati aderenti e di redigere delle linee guida per le procedure di acquisizione della prova digitale, definisce la prova digitale come un'informazione generata, memorizzata e trasmessa attraverso un supporto informatico che può avere valore in tribunale: “*electronic evidence is information generated, stored or transmitted using electronic devices that may be relied upon in court*”; Lo Scientific Working Group on Digital Evidence, organizzazione internazionale costituita nel 1998, che raccoglie tutte le organizzazioni attivamente coinvolte nel settore della prova digitale al fine di promuovere la cooperazione e di garantire la qualità nel settore di ricerca della prova digitale, definisce *digital evidence*: “*Information of probative value stored or transmitted in digital form*” ovvero qualsiasi informazione con valore probatorio, che sia o meno memorizzata o trasmessa in formato digitale, disponibile all'interno del documento *Digital evidence: standars and principles*, al seguente indirizzo: <https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm> ; a livello nazionale l'unico riferimento utile per inquadrare la prova digitale è racchiuso nella definizione di documento informatico prevista all'art.1 lett.p) del D.Lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale) secondo cui esso non è altro che una “*rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*”.

¹⁵⁷ DI BITONTO L., *L'accentramento investigativo delle indagini sui reati informatici*, in *Diritto dell'internet*,

La disciplina che si occupa delle tecniche e degli strumenti utilizzati per recuperare gli elementi di prova digitali è la *computer forensics*.¹⁵⁸ L'ambito di applicazione di tale scienza dipende dall'oggetto delle sue attenzioni: la *computer forensics*, che si riferisce all'analisi di dispositivi e supporti fisici e statici; la *network forensics* che ha come oggetto l'analisi forense di *server* e di reti; ed infine, la *mobile forensics* che analizza i dispositivi cellulari e mobili.

Le tecniche di *computer forensics* presentano una notevole utilità come metodologie tecniche in grado di rinvenire tracce informatiche essenziali ai fini delle indagini. La prova digitale, infatti, è caratterizzata da un'intrinseca complessità. Il caso *Amero* costituisce, al riguardo un caso di scuola, in quanto le modalità di dibattimento rappresentano un esempio lampante di come non si dovrebbero mai svolgere processi aventi ad oggetto la prova digitale¹⁵⁹.

L'insegnante di ruolo, prima di assentarsi per un corso di formazione, si accertò che tutto fosse predisposto per la lezione affidata alla supplente Julie Amero, impostando con la propria *password* il *computer* utilizzato per segnare le presenze secondo la procedura adottata dalla scuola, non essendo possibile per i supplenti avere un *computer* con il proprio *account*. La supplente, assentatasi momentaneamente dall'aula, al suo ritorno trovò i ragazzi davanti al computer e li invitò a lasciare la cattedra per consentirle di iniziare la sua lezione. Durante la lezione apparvero come *pop-up*¹⁶⁰ all'interno del computer immagini inadatte ai ragazzi.

2008, 5, p.503, sottolinea come tali problematiche abbiano indotto il legislatore interno a preferire una gestione centralizzata piuttosto che diffusa delle indagini in materia di criminalità informatica, allo scopo di consentire la formazione di gruppi di lavoro altamente specializzati, individuando nella procura della Repubblica istituita presso il tribunale del capoluogo di Corte di appello l'ufficio tenuto all'espletamento delle indagini in relazione ai reati informatici. Ciò mira a rendere più efficace l'attività d'indagine preliminare, in virtù della snellezza e dalla coerenza investigativa assicurata dall'unicità dell'ufficio precedente e allo stesso tempo, agevola il coordinamento investigativo in sede infradistrettuale, attraverso il tradizionale strumento delle indagini collegate disciplinato nell'art. 371 c.p.p.

¹⁵⁸ VACIAGO, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, 2012, p.6 . L'A. Ritiene più appropriata la scelta del sintagma *digital forensics*, in quanto le analisi sul dato digitale non riguardano solo il personal computer ma anche altre tipologie di supporti e di risorse hardware o software distribuite in remoto, dove sono archiviati i dati utili ad un'indagine: “in quest'ottica il termine *computer forensics* potrebbe essere riduttivo e non comprendere tutte le categorie in cui viene archiviato il dato digitale”. Infatti, potenziali oggetti di analisi forense oltre ai *personal computer* potrebbero essere gli *smartphone* o le *console* per i videogiochi, essendo in grado di contenere le medesime informazioni utili ad un'indagine che potrebbero essere contenute in un *personal computer*.

¹⁵⁹ *Superior Court, Nwe London Judicial District at Norwich, GA 21; 3,4,and 5 January 2007;CR-04-93292*

¹⁶⁰ Per *pop-up* si intende una particolare visualizzazione di una pagina web che si apre automaticamente all'apertura di una nuova finestra nel *browser*.

I controlli sull'attività effettuata sul *personal computer* del docente titolare furono svolti dalla polizia giudiziaria senza alcun rispetto delle *best practices* idonee a garantire la genuinità della prova digitale, previste dalle *guidelines* stabilite dal Dipartimento di Giustizia statunitense sulla *Forensics Examination of Digital Evidence*: vennero stampati alcuni risultati delle ricerche effettuate il giorno precedente, senza alcuna indicazione della data e dell'ora di stampa, inficiando la prova in seguito all'analisi sul computer prima dell'effettuazione di una copia *bit stream* dell'*hard disk* al fine di garantire la non alterazione della prova digitale. Inoltre, la consulenza tecnica della difesa evidenziò come nei giorni seguenti alcune cartelle contenenti i riferimenti ai siti pornografici erano state rimosse e che nei giorni precedenti al fatto erano state effettuate navigazioni non pertinenti all'attività educativa svolta dal docente titolare. Tuttavia, tale consulenza non fu mai prodotta dall'avvocato difensore di Julie Amero, poiché incompleta il giorno cui avrebbe dovuto essere depositata. Nel corso delle udienze sia il Pubblico Ministero, sia l'avvocato della difesa non evidenziarono mai tali circostanze e non rilevarono che il *computer* fosse stato utilizzato in precedenza con il conseguente rischio di manipolazione degli elementi della prova raccolti. Inoltre, la stessa Amero dichiarò che le immagini pornografiche proseguirono fino alla fine della sua lezione, mentre l'analisi dell'*hard disk* dimostrò che esse non furono più riprodotte da metà mattinata e per tali ammissioni auto-indizianti fu processata a due anni di distanza dall'evento.

Ulteriore esempio di quanto possa essere significativo il corretto utilizzo delle tecniche di *digital forensics* per il raggiungimento della verità processuale è il delitto di Garlasco¹⁶¹.

Alberto Stasi era stato assolto in primo grado dall'accusa di omicidio della fidanzata Chiara Poggi, grazie all'alibi ricostruito mediante l'analisi del *personal computer*. Infatti la morte di Chiara Poggi è presumibilmente avvenuta dopo le 9.12. Nei verbali di sommarie informazioni assunti nello stesso giorno, Stasi ha ricostruito la mattinata dell'omicidio, senza menzionare il proprio *personal computer*, dichiarando di essersi svegliato alle 9, dopo essere rincasato tardi la sera precedente e di aver tentato di raggiungere, senza successo, il telefono della fidanzata più volte nel corso della mattinata e di essere uscito di casa alle 13.30 per andare dalla medesima.

¹⁶¹Cass., Sez. I, 21 giugno 2016, n. 25799; Corte d'Assise d'App. Milano 17 dicembre 2014; Corte d'Assise d'App. Milano 11 dicembre 2011; GIP Trib. Vigevano 17 dicembre 2009

Il giorno dopo l'omicidio Stasi ha consegnato personalmente il proprio *personal computer* e solo nel successivo verbale, ha riferito di averlo utilizzato per lavorare sulla sua tesi di laurea la mattina dalle 10.45 fino alle 12.20. Il *computer* venne acceso alle 9.35 del 17 agosto e la parte civile, sia in primo grado che successivamente in Corte d'Assise d'Appello ha sostenuto che tra le 9.12 e la 9.35 si sarebbe potuto verificare l'omicidio indipendentemente dalla prova informatica.

Il *personal computer* dell'indagato dalla data di consegna alla polizia giudiziaria, è stato affidato dai Carabinieri ai consulenti del Pubblico Ministero. I Carabinieri hanno segnalato di aver condotto alcune operazioni sul *personal computer* dell'indagato che alla luce della successiva analisi da parte dei consulenti del Pubblico Ministero si sono rivelate in contrasto con i principi cardine della *digital forensics*¹⁶². Tuttavia, i consulenti tecnici del Pubblico Ministero, pur avendo rilevato la presenza di tali scorrettezze, affermarono che dalle 10.17 in poi, non essendo presenti *file* temporanei, non vi erano tracce informatiche in grado di dimostrare una presenza umana attiva sul *computer*. Il consulente tecnico della difesa ha affermato che il *file* della tesi è stato aperto proprio alle 10.17 e che durante la mattinata Stasi ha lavorato su tale documento; ma a causa delle attività non idonee compiute dai Carabinieri sul *personal computer* sequestrato, la difesa ha eccepito l'inutilizzabilità come fonte di prova del contenuto di supporto informatico. Il Tribunale ha respinto tale eccezione, ritenendo opportuno nominare un collegio peritale a cui rimandare l'esame del dato informatico potenzialmente compromesso in fase d'indagine¹⁶³.

¹⁶² Sono stati riscontrati sette accessi al computer di Stasi, la non corretta indicazione dell'accesso al disco esterno, l'installazione di alcune periferiche *USB*, nonché accessi multipli al file della tesi di laurea in vari percorsi di memorizzazione e infine fu concesso all'imputato di poter copiare la propria tesi su una *pen drive* al momento della consegna del computer.

¹⁶³ *GUP Vigevano, 17 dicembre 2009*, afferma che: “*La questione se i risultati conseguiti correttamente dai consulenti del pubblico ministero e della parte civile siano comunque ragionevolmente attendibili e/o se alcuni dati ed informazioni siano stati, invece, irrimediabilmente persi a causa, appunto, di tale errore metodologico da parte della polizia giudiziaria ha una valenza oggettiva. Nel senso che vi è pericolo che Alberto Stasi non riesca più a provare il proprio alibi che invece, se fossero state salvaguardate al massimo l'integrità e genuinità del documento informatico, sarebbe riuscito per ipotesi a conseguire. Ma vi è ugualmente il pericolo, all'opposto, che il contestato grado di attendibilità del risultato emerso dalla consulenza tecnica dei Ris sulla falsità dell'alibi offerto dall'imputato possa essere in tutto o in parte inficiato, appunto, dagli accessi ed operazioni sommarie di cui sopra. Dunque, una valenza oggettiva, appunto, in quanto emerge, in ultima istanza, il pericolo di un pregiudizio al fondamentale valore neutro dell'accertamento della verità. Sulla base di queste considerazioni, una volta che l'imputato chiedeva di essere giudicato con le forme del rito abbreviato, affidare ad autorevoli professionisti del settore un accertamento peritale in materia diventa assolutamente necessario ai fini della decisione*”.

Il collegio, rilevando la scorrettezza degli interventi operati dai Carabinieri sul *personal computer* dell'imputato, riuscì a fare chiarezza sull'alibi informatico di Stasi, dimostrando che vi era stata un'attività umana ininterrotta sul computer fra le 10.17 e le 12.20 del 13 agosto. Il collegio ha escluso l'ipotesi che l'imputato non fosse in casa mentre stava lavorando alla tesi, in quanto la limitata autonomia del portatile e le ridotte capacità informatiche dell'indagato hanno portato ad escludere una falsificazione degli orari da parte di quest'ultimo. Confermato l'alibi sarebbero rimasti solo due momenti della mattinata, giudicati troppo brevi per il compimento del delitto. A tale deduzione i periti sono giunti attraverso l'analisi forense dei materiali rimasti sul *personal computer*, nonostante le scorrettezze operative compiute dai Carabinieri.

Il caso in esame mostra come la prova digitale possa essere di grande aiuto nella ricerca della verità processuale, rispettando rigorosamente gli *standard* nella fase investigativa al fine di evitare una forzata applicazione da parte del giudice del principio del libero convincimento nella valutazione delle prove previsto dall'art. 192 c.p.p. La decisione di primo grado è stata confermata dalla Corte d'Assise d'Appello il 6 dicembre 2011.

Scopo principale della *computer forensics* è dunque l'acquisizione di prove senza alterare il sistema informatico su cui sono situate, analizzando i dati senza alterarli in modo tale da poter garantire l'integrità delle prove acquisite su un altro supporto. Il recupero dei dati digitali in grado di fungere da prova durante il processo è suddiviso in varie fasi: l'identificazione, l'acquisizione, la conservazione, l'analisi e la presentazione del dato digitale.

Occorre individuare il supporto informatico che contiene il dato digitale utile all'indagine, al fine di identificare il potenziale criminale. L'individuazione dell'autore dell'illecito in rete, è questione assai ardua, come precedentemente esposto, risultando necessaria la collaborazione dell'*Internet Service Provider*.

Rilevanti in ambito investigativo sono i dati digitali che consentono l'identificazione di un potenziale autore risalendo all'indirizzo *IP* e quelli che ne determinano la sua attività *on line*, i cd. *file di log*.¹⁶⁴

¹⁶⁴ L'indirizzo IP è un numero che identifica un dispositivo collegato a una rete telematica: esso può essere paragonato a un indirizzo stradale o a un numero telefonico. Il fornitore di connettività, infatti, dato un indirizzo IP e l'ora di accesso a tale indirizzo, è in grado di fornire i dati di chi ha sottoscritto il contratto per usufruire dei servizi di connessione.

Indirizzo IP e file di log possono essere richiesti dall'autorità competente agli ISP in base al tipo di esigenza investigativa sotto la forma di “ordine di esibizione di documenti e atti rilevanti” ai sensi degli artt. 256 c.p.p.¹⁶⁵ e 132, comma 1 e 3 D.Lgs. 196/2003¹⁶⁶.

L'art.16 della Convenzione di Budapest disciplina la cd. *data preservation*: non viene imposto alcun obbligo a carico del *provider* e dei fornitori di connettività di conservazione di tutti i dati di traffico, ma solo di conservare e congelare i dati, qualora ciò sia espressamente richiesto dall'autorità giudiziaria. L'art. 10 della legge 48/2008¹⁶⁷ ha

¹⁶⁵Art 256 cpp

¹⁶⁶ Art. 132 - Conservazione di dati di traffico per altre finalità : “1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico, sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione. 1-bis. I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni.2.[abrogato] 3. Entro il termine di cui al comma 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'articolo 391-quater del codice di procedura penale, ferme restando le condizioni di cui all'articolo 8, comma 2, lettera f), per il traffico entrante”.

¹⁶⁷ L'art. 10 della legge (Modifiche all'articolo 132 del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196) inserisce i seguenti commi dopo il comma 4-bis dell'articolo 132 del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 : “4-ter. Il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili degli uffici centrali specialistici in materia informatica o telematica della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, nonché gli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 226 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, possono ordinare, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate da autorità investigative straniere, ai fornitori e agli operatori di servizi informatici o telematici di conservare e proteggere, secondo le modalità indicate e per un periodo non superiore a novanta giorni, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, ai fini dello svolgimento delle investigazioni preventive previste dal citato articolo 226 delle norme di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati. Il provvedimento, prorogabile, per motivate esigenze, per una durata complessiva non superiore a sei mesi, può prevedere particolari modalità di custodia dei dati e l'eventuale indisponibilità dei dati stessi da parte dei fornitori e degli operatori di servizi informatici o telematici ovvero di terzi. 4-quater. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici cui è rivolto l'ordine previsto dal comma 4-ter deve ottemperarvi senza ritardo, fornendo immediatamente all'autorità richiedente l'assicurazione dell'adempimento. Il fornitore o l'operatore di servizi informatici o telematici è tenuto a mantenere il segreto relativamente all'ordine ricevuto e alle attività conseguentemente svolte per il periodo indicato dall'autorità. In caso di violazione dell'obbligo si applicano, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le disposizioni dell'articolo 326 del codice penale. 4-quinquies. I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4-ter sono comunicati per iscritto, senza ritardo e comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia”.

applicato l'art.16 della Convenzione sui *cybercrimes* stabilendo che il Ministro dell'Interno o, su sua delega, le forze dell'ordine possono ordinare ai *provider*, anche in relazione alle eventuali richieste avanzate dalle autorità investigative straniere, di conservare e proteggere per un periodo non superiore a novanta giorni i dati relativi al traffico telematico, esclusi i contenuti delle comunicazioni. I provvedimenti adottati sono comunicati entro quarantotto ore al Pubblico Ministero del luogo di esecuzione che, se ne ricorrono i presupposti li convalida. In caso di mancata convalida, i provvedimenti assunti perdono efficacia.

Il comma 4-*ter* dell'art. 132 D.Lgs 196/2003 prevede una peculiare ipotesi di congelamento dei dati telematici che si estende a tutti i soggetti che offrono direttamente o indirettamente servizi di comunicazione elettronica, i *content provider* ed i gestori di motori di ricerca e non soltanto ai fornitori di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Il congelamento dei dati telematici, introdotto dal nuovo comma 4 *ter*, si differenzia quanto alle finalità dall'attività prevista dal primo comma: mentre la conservazione dei dati disciplinata dal primo comma è finalizzata all'acquisizione degli stessi e alla conseguente utilizzabilità processuale, la conservazione e protezione dei dati di cui al comma 4 *ter*, per espressa disposizione di legge, ha di mira lo svolgimento delle investigazioni preventive previste dall'art. 226 norme att. c.p.p. Si tratta, dunque, di un'attività eccezionale ed urgente esperibile anche in assenza di una *notitia criminis* e rimessa al potere discrezionale delle forze di polizia e dei servizi segreti. Il successivo comma 4-*quinqies* stabilisce che i provvedimenti adottati a norma del comma 4-*ter* sono comunicati per iscritto, senza ritardo o comunque entro quarantotto ore dalla notifica al destinatario, al pubblico ministero del luogo di esecuzione, quest'ultimo, se ne ricorrono i presupposti, li convalida. Tuttavia tale norma difetta di specificità: l'art. 132 comma 4 *ter* non individua i presupposti di emissione del decreto di convalida e non prescrive un obbligo di motivazione delle eventuali proroghe che possono giustificare la conservazione dei dati fino a sei mesi complessivi¹⁶⁸.

¹⁶⁸ FORLANI, *La conservazione preventiva di dati informatici per l'accertamento dei reati*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 5, p.503 ss. ritiene il congelamento dei dati informatici di cui al comma 4 *ter* non ancorato alla preesistenza di elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione ed al requisito della necessità, previsti dal primo comma dell'art. 226 norme att. c.p.p.

Il richiamo all'articolo 226 di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989 sancisce il divieto di utilizzare nel procedimento penale i dati oggetto di congelamento. Inoltre, le attività d'intercettazione preventiva e le notizie acquisite a seguito delle medesime non possono essere menzionate in atti d'indagine, né costituire oggetto di deposizione, né essere altrimenti divulgate, ricollegandosi al comma 4 *quater* dell'art. 132, che sanziona i soggetti destinatari dell'obbligo di conservazione e protezione dei dati informatici in caso di rivelazione del segreto relativamente all'ordine ricevuto ed alle attività conseguentemente svolte. Tuttavia, il carattere eccezionale della norma rischia di essere vanificato dall'ambigua formula “*ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati*” che consente alla polizia giudiziaria di ricorrere allo strumento *de quo* per qualunque tipo di reato, anche laddove le finalità di giustizia non giustificano la compressione del diritto alla riservatezza.¹⁶⁹

Il codice di procedura penale prevede come mezzi di ricerca della prova, l'ispezione, la perquisizione e l'accertamento urgente su persone, luoghi e cose da parte della polizia giudiziaria. L'ispezione viene disposta con decreto motivato da parte dell'autorità giudiziaria e consente a quest'ultima di acquisire direttamente elementi utili alla ricostruzione del fatto. Se il reato non ha lasciato tracce o altri effetti materiali, ovvero se questi sono scomparsi o sono stati cancellati, dispersi, alterati o rimossi, l'Autorità Giudiziaria descrive lo stato attuale dei luoghi e se possibile quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni.

L'art. 9 comma 1 della l. 48/2008 ha interpolato l'art. 352 c.p.p., introducendovi il comma 1-*bis* specificamente dedicato alla “*perquisizione di sistemi informatici o telematici*”.¹⁷⁰ È possibile perquisire un sistema informatico o telematico e acquisire e

¹⁶⁹ FORLANI, *La conservazione preventiva di dati informatici per l'accertamento dei reati*, cit., p.503ss., ritiene necessario un intervento chiarificatore del legislatore, volto a precisare l'indicazione di specifiche modalità di esecuzione e l'individuazione di rigorosi limiti di ammissibilità, affinché tale attività d'indagine non si tramuti in un insidioso strumento di acquisizione di *notitiae criminis* anche in assenza di qualsiasi indizio.

¹⁷⁰ Art. 9 (Modifiche al titolo IV del libro quinto del codice di procedura penale) inserisce all'articolo 352 del codice di procedura penale, dopo il comma 1 il seguente: “*«1-bis. Nella flagranza del reato, ovvero nei casi di cui al comma 2 quando sussistono i presupposti e le altre condizioni ivi previsti, gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione, procedono altresì alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, quando hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi*». 2. All'articolo 353 del codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 2 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «*e l'accertamento del contenuto*»;

conservare i dati in essi eventualmente contenuti. Oggetto dell'attività di perquisizione o accesso è il sistema informatico, definito dall'art. 1 della Convenzione di Budapest come “*qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, compiono l'elaborazione sistematica dei dati*”.¹⁷¹ Oggetto dell'attività d'indagine svolta ex art. 352 comma 1 *bis* c.p.p. possono essere, inoltre, le memorie del sistema informatico, costituite dalla memoria centrale o interna al computer ovvero le memorie ausiliarie o esterne ad esso (*floppy disk, cd rom, dvd, pen drive, schede esterne, ecc.*).

Per sistema telematico si intende sia il complesso degli strumenti che consentono ad un computer di collegarsi ad un altro attraverso linee telefoniche o linee dedicate ovvero anche il complesso dei *computer* collegati con tali modalità o con reti interne ad un determinato ufficio o unità operativa (*modem, collegamento alla linea telefonica, software*). La finalità dell'attività d'indagine, come espressamente previsto dalla disposizione, è l'acquisizione di dati, informazioni, programmi o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi, sia con riferimento ai reati commessi per mezzo di un sistema informatico o telematico, che rispetto a reati diversi da quelli informatici, la cui prova può essere ricavata attraverso l'acquisizione dei dati, dei programmi o delle informazioni conservati all'interno del sistema informatico o telematico oggetto di accertamento. La natura tecnica dell'attività svolta ha indotto il legislatore a precisare che la perquisizione deve svolgersi mediante l'adozione di misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne

b)al comma 3, primo periodo, le parole: «lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi o altri oggetti di corrispondenza» sono sostituite dalle seguenti: «lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi o altri oggetti di corrispondenza, anche se in forma elettronica o se inoltrati per via telematica,» e dopo le parole: «servizio postale» sono inserite le seguenti: «telegrafico, telematico o di telecomunicazione». 3. All'articolo 354, comma 2, del codice di procedura penale, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità»”.

¹⁷¹ BARBIERI, *Le attività d'indagine della polizia giudiziaria su sistemi informatici e telematici*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 5, p.503 ss. Ritiene che per sistema informatico si deve intendere: “*il computer in sé e, soprattutto, il sistema operativo o software di base, costituito dal complesso dei programmi progettati e realizzati con riferimento alle caratteristiche strutturali del computer che consentono a questo di avviarsi e funzionare, e il software applicativo, costituito dal complesso dei programmi che, interagendo con quelli propri del software di base, consentono al computer di eseguire lavori specifici*”.

l'alterazione.¹⁷² La Polizia Giudiziaria, dopo aver trovato le tracce informatiche del reato commesso, può redigere verbale di ispezione e acquisire attraverso una copia *bit-stream* del supporto di memorizzazione i dati utili alla prosecuzione delle indagini.

Prima di effettuare tale operazione è necessario garantire l'integrità dei dati attraverso la creazione di un'impronta di *hash* che permette di mostrare al di là di ogni dubbio se i contenuti del *file* o il supporto abbiano subito o meno modifiche; nonché l'utilizzo di un *write blocker* che consente di bloccare ogni tipo di scritto sul supporto oggetto di indagine. Tali operazioni presentandosi come irripetibili, qualora siano stati posti in essere metodi di acquisizione idonei a garantire l'integrità e la genuinità dei dati e le garanzie del contraddittorio, potranno consentire l'utilizzo dei dati come fonte di prova in dibattimento.

La perquisizione a differenza dell'ispezione ha lo scopo di ricercare il corpo del reato o le cose che ad esso si riferiscono, qualora si ritengano celate dalla persona in un determinato luogo¹⁷³. La perquisizione avente ad oggetto lo strumento informatico, deve conformarsi ad una metodologia operativa tale da garantire l'integrità e la genuinità dei dati. Qualora emerga il rischio concreto di alterazione delle tracce, cose o luoghi pertinenti al reato e il pubblico ministero non possa intervenire tempestivamente o non

¹⁷² Anteriormente alla novella, era consolidata la prassi di procedere anche in via d'urgenza al sequestro del *computer* e alla copiatura dei programmi e dati in esso contenuti; cfr. Trib. di Brescia, II sezione penale, ord. 9 ottobre 2006, ha censurato tale prassi con riferimento ad un fattispecie di sequestro a carico di un giornalista, adducendo che l'indiscriminato sequestro dell'*hard disk* con finalità meramente esplorative non è ammissibile nei confronti di una persona non sospettata della commissione di alcun reato allo scopo di evitare connotazioni di spropositata afflittività e di lesione di beni costituzionalmente protetti (diritto d'informazione e segreto professionale); cfr. Cass., Sez.I, 16 febbraio 2007, n. 25755, con riferimento al sequestro e alla clonazione della memoria del *computer*, ne ha affermato la legittimità soltanto a condizione che sia concretamente verificata l'insussistenza dei presupposti per la legittima opposizione del segreto professionale da parte del giornalista e la necessità dell'acquisizione ai fini delle indagini.

¹⁷³ BARBIERI, *Le attività d'indagine della polizia giudiziaria su sistemi informatici e telematici*, cit., p.503 ss. Sostiene che: "Il *computer* e i programmi e i dati in esso contenuti non costituiscono e non possono costituire il luogo dove la perquisizione si svolge, ma soltanto, rispettivamente, l'oggetto e il risultato dell'attività di perquisizione, la quale può svolgersi evidentemente all'interno dei luoghi dove i sistemi informatici e telematici sono installati o custoditi, ovvero sulla persona, se su di essa sono occultati micro *computer* (ad esempio telefoni cellulare dotati di micro processori) o memorie esterne al *computer* (*floppy disk, dvd, cd rom, pen drive, ecc.*)". Pertanto, il comma 1 bis dell'art. 352 c.p.p. non introduce un *tertium genus* di perquisizione, ma disciplina, integrandosi sul piano sistematico con il novellato secondo comma dell'art. 354 c.p.p., le modalità di accesso a un sistema informatico o telematico nonché le modalità di accertamento dell'esistenza, conservazione e duplicazione dei programmi e dati in esso contenuti, qualora gli stessi costituiscano corpo del reato ovvero cose o tracce pertinenti al reato, consentendo di superare tra l'altro la problematica del sequestro del *computer* con finalità esplorative del suo contenuto.

abbia ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti sullo stato dei luoghi e delle cose e se del caso sequestrano il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti *ex art. 354 c.p.p.* Tale facoltà ha un impatto notevole nell'ambito delle investigazioni digitali, poiché la prova può divenire difficilmente recuperabile nel caso in cui sia necessario attendere un provvedimento *ad hoc* del Pubblico Ministero si pone il problema della ripetibilità di tali operazioni, soprattutto se compiute senza rispettare le procedure idonee a garantire l'integrità della prova digitale.

L'*art. 9*, comma 3, l. 48/2008 ha, infine, integrato il secondo comma dell'*art. 354 c.p.p.*, estendendo il potere della polizia giudiziaria di compiere accertamenti urgenti, finalizzati a conservare tracce e cose pertinenti al reato o ad evitare l'alterazione di luoghi e cose, ai dati, alle informazioni, ai programmi informatici e ai sistemi informatici o telematici. Il legislatore ha espressamente previsto che, a tal fine, gli ufficiali di polizia giudiziaria adottino le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurare la conservazione dei dati, delle informazioni e dei programmi oggetto di accertamento, nonché ad impedirne l'alterazione e l'accesso e che provvedano, ove possibile, alla loro duplicazione mediante una procedura tale da assicurare la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità.

Una volta individuato il supporto digitale è necessario procedere alla sua *acquisizione* che pur potendo avvenire attraverso l'acquisizione della *bit-stream image*, nella prassi avviene con il sequestro probatorio, qualora l'esigenza sia di acquisire esclusivamente la prova della commissione del reato e con il sequestro preventivo, qualora l'esigenza sia quella di prevenire la commissione di ulteriori reati.

Il sequestro dei supporti presuppone un'operazione preliminare indispensabile al fine di garantire l'intangibilità dei dati in esso contenuti: l'impronta di *hash*. Si tratta di una funzione univoca attraverso la quale viene trasformato un documento di lunghezza arbitraria in una stringa di lunghezza fissa, relativamente limitata. Tale stringa rappresenta una sorta di impronta digitale del testo ed è la cd. *hash*. Pertanto, se il documento fosse alterato anche in minima parte, cambierebbe di conseguenza anche l'impronta, mostrando al di là di ogni dubbio se i contenuti del file o del supporto, abbiano subito o meno modifiche, anche accidentali.

Tale procedura è l'unica in grado di garantire l'integrità e la catena di custodia dei reperti: qualora non fossero adottate procedure idonee a garantire una corretta catena di

custodia nella fase investigativa, i dati informatici contenuti nel supporto non avranno più i requisiti di certezza, genuinità e paternità richiesti. È quindi necessario, avere un'elevata conoscenza informatica e disporre di un'adeguata strumentazione tecnica, pianificando correttamente le attività d'indagine da compiere, definendo gli obiettivi e le varie fasi di lavoro.

Il novellato testo dell'art. 254 c.p.p. opera un'estensione della disciplina del sequestro probatorio, a tutte le comunicazioni inoltrate per via telematica, anche da fornitori diversi da quelli tradizionali¹⁷⁴. L'attuale versione dell'art. 254 c.p.p., al passo con il progresso tecnologico, prevede che è possibile procedere al sequestro di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica, presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni in tutti i casi in cui l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere siano spediti dall'imputato o a lui diretti, anche sotto nome diverso o per mezzo di persona diversa, o che comunque possono avere relazione con il reato. Quando al sequestro procede un ufficiale di polizia giudiziaria, questi deve consegnare all'autorità giudiziaria gli oggetti di corrispondenza sequestrati, senza aprirli o alterarli e senza prendere altrimenti conoscenza del loro contenuto.

La corrispondenza elettronica non solo è ad alto rischio di alterazione poiché non si conserva chiusa in un plico o in una busta, bensì è per lo più aperta e conoscibile soprattutto nell'oggetto anche soltanto con la semplice apertura del file che la contiene. Nei casi di urgenza e nell'impossibilità di avvisare tempestivamente l'Autorità Giudiziaria, in presenza di posta elettronica, è possibile ricorrere *ex art. 353, comma 3, c.p.p.* al fermo postale che in tal caso sarà meramente elettronico con l'effetto di trattenere

¹⁷⁴ MACRILLÒ A., *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 5, p.503 ss. La nuova stesura risente, perciò, di quanto previsto in via generale dall'art. 1 Conv. Budapest che alla lettera c), individua i “fornitori di servizi” in qualunque entità, pubblica o privata, abilitata a fornire ai propri utenti la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico. Di conseguenza, l'art. 4 l. 18 marzo 2008, n. 48 ha: “a) ampliato il novero dei soggetti destinatari del sequestro di corrispondenza riformulando l'incipit dell'art. 254 comma 1, il quale, nel testo vigente, comprende i fornitori di “servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni”; b) introdotto nel medesimo comma un'opportuna specificazione, mediante l'inserimento dell'inciso riferito agli oggetti di corrispondenza “anche se inoltrati per via telematica”, consentendo così all'autorità giudiziaria di disporre la cautela reale su qualunque comunicazione pertinente al reato spedita od indirizzata (anche tramite intermediario) all'imputato con mezzi elettronici; c) inserito, nel comma 2 dell'art. 254 c.p.p., l'inciso “o alterarli”, imponendo, quindi, alla polizia giudiziaria, nell'esecuzione del sequestro fermi restando i divieti di aprire la corrispondenza e di prenderne conoscenza di garantire la genuina conservazione del materiale oggetto d'apprensione”.

la corrispondenza per una durata massima di 48 ore trascorse le quali, se il pubblico ministero non l'ha sequestrata o acquisita in copia, verrà inviata al destinatario.¹⁷⁵

Tuttavia, le modifiche apportate all'art. 254 comma 1 c.p.p. presentano una valenza limitata, in quanto risulta suscettibile d'essere sequestrata solo la corrispondenza elettronica immessa nel sistema di comunicazione e che si trovi temporaneamente allocata presso il gestore o fornitore del servizio telematico e non ancora trasmessa al destinatario. Si ripropone perciò la necessità di distinguere il sequestro di corrispondenza telematica dalle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. In materia di sequestro di corrispondenza, anche di carattere informatico o telematico, la polizia giudiziaria non risulta titolare d'un autonomo potere di iniziativa, trattandosi di un mezzo di ricerca della prova particolarmente invasivo, poiché incidente su di una libertà tutelata dall'art. 15 Cost. In assenza di decreto dell'Autorità giudiziaria, quindi, i dati informatici detenuti dai fornitori non possono essere né validamente acquisiti, né, tantomeno, utilizzati. Peraltro, questo divieto non riguarda le comunicazioni "aperte" che secondo alcune pronunce di merito risultano pienamente utilizzabili, in quanto non acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge; ciò accade, per esempio, laddove la polizia giudiziaria acceda, mediante strumenti informatici, alle comunicazioni aperte a tutti i navigatori via internet per le quali non sia richiesto alcun codice di accesso. Tale attività, infatti, non costituisce in senso proprio un'intercettazione ai fini dell'art. 266-*bis* c.p.p. e, non attenendo alla sfera personale, resta esclusa dall'ambito della riservatezza costituzionalmente garantita.

L'unico comma di cui si compone il neonato art. 254-*bis* c.p.p. introdotto dall'art. 5 l. 48/2008 prevede una nuova ipotesi di sequestro attuabile solo nei confronti dei *service provider*. Oggetto del sequestro disciplinato dall'art. 254-*bis* sono i dati informatici detenuti dai provider, compresi quelli di traffico o di ubicazione. Si pone l'esigenza di scongiurare interpretazioni estensive della disposizione *de qua* che potrebbero divenire causa di interpretazioni arbitrarie. Proprio l'art. 1, comma 1, lett. b), *d.lgs. 109/2008*

¹⁷⁵ MACRILLÒ A., *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, cit., p.503 ss. Opera una distinzione fra corrispondenza "chiusa" ed "aperta", precisando che la corrispondenza telematica contenuta in un file deve essere assimilata alla lettera in busta chiusa. Cfr. PECORELLA C., *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006, p. 294 secondo la quale costituisce "corrispondenza informatica" quella destinata ad essere inoltrata o ricevuta per mezzo di un sistema informatico. L'oggetto della corrispondenza in questione deve essere fissato su un supporto di memoria e codificato in un linguaggio comprensibile all'elaboratore e trovarsi in attesa di venire trasmesso al destinatario, oppure d'essere da questi ricevuto senza esser stato ancora letto.

fornisce la definizione di “dati relativi al traffico”, facendo rientrare nella relativa nozione «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione, ivi compresi i dati necessari per identificare l’abbonato o l’utente». La successiva lett. c) del medesimo comma precisa che, per “dati relativi all’ubicazione”, deve intendersi «ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indica la posizione geografica dell’apparecchiatura terminale dell’utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico». Il mezzo di ricerca della prova disciplinato dall’art. 254-bis c.p.p., in ogni caso, ha ad oggetto dati informatici costituenti corpo del reato o cose pertinenti allo stesso e, per questa ragione, va tenuto distinto dalla attività “preventiva” disciplinata dall’art.132, d.lgs. 196/2003, i cui risultati anche dopo l’introduzione dei nuovi commi 4 *ter*, 4 *quater* e 4 *quinqies* non sono utilizzabili nel procedimento penale, secondo quanto stabilisce l’art. 226, comma 5, d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

L’art. 254 *bis* c.p.p. tende a contemperare le esigenze di ricerca della prova con le garanzie dei fornitori di servizi informatici e telematici, i quali, nella maggioranza dei casi, rivestono lo *status* di terzo non indagato nel procedimento penale in cui il sequestro è disposto. La necessità (che spesso costituisce un interesse diffuso) di assicurare una regolare fornitura dei medesimi servizi, rappresenta un’adeguata chiave di lettura della disposizione in esame, che consente all’autorità giudiziaria di acquisire i dati informatici “mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità”. L’art. 254 *bis* sancisce, infine, il dovere del fornitore di attenersi alle disposizioni impartite dall’autorità procedente garantendo un’adeguata conservazione e protezione dei dati originali. L’ultimo periodo della disposizione in esame, tuttavia, non prevede un vero e proprio dovere di custodia, salvo che l’autorità provveda a norma degli artt. 259 e 260.

Dopo la sua acquisizione è necessario conservare il dato digitale e il codice di procedura penale prevede che le cose sottoposte a sequestro siano affidate in custodia alla cancelleria o alla segreteria del pubblico ministero. Quando ciò non sia possibile o opportuno, l’Autorità giudiziaria dispone che la custodia avvenga in luogo diverso, determinandone le modalità e nominando un altro custode. (artt. 259,260,261 c.p.p.) La custodia dei beni sottoposti a sequestro è necessaria per assicurare la *conservazione* e per garantire la funzione probatoria. In caso di sequestro di supporti informatici il problema della loro custodia è delicato tanto che la legge n. 48/2008 è intervenuta anche su questa

norma inserendo nel testo del secondo comma dell'art. 259 c.p.p. la seguente disposizione: “quando la custodia riguarda dati, informazioni o programmi informatici, il custode è altresì avvertito dell'obbligo di impedirne l'alterazione o l'accesso da parte di terzi, salva in quest'ultimo caso, diversa disposizione dell'Autorità Giudiziaria”. La metodologia alla base di questo principio, secondo gli standard di *computer forensics*, prende il nome di catena di custodia (*chain of custody*). È necessario preservare il supporto informatico dall'elevato rischio di alterazioni spesso dovuti a errori di distrazione o ad imponderabili fenomenologie tecniche.

Ben più significative risultano le modifiche apportate al testo dell'art. 260 c.p.p., in tema di apposizione dei sigilli alle cose sequestrate.

L'autorità giudiziaria dovrà procedere poi all'analisi dei dati contenuti nella copia *bit-stream* o nell'*hard disk* sequestrato.

Il codice di procedura penale offre tre diversi strumenti: in sede di indagini preliminari sarà possibile alternativamente procedere ad accertamenti tecnici (artt.359 e 360 c.p.p.) o ad incidente probatorio (art.392 c.p.p. ss.); in sede dibattimentale, invece, sarà possibile utilizzare lo strumento della perizia (artt.220 e ss. c.p.p.)

Nell'ambito di un'indagine digitale il problema si pone riguardo alla ripetibilità o meno dell'analisi forense di un supporto informatico¹⁷⁶.

¹⁷⁶ ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Digesto Discipline Penali*, 2014, secondo cui l'accertamento tecnico non ripetibile ai sensi dell'art. 360 c.p.p. non consente una buona difesa soprattutto in presenza di numerosi supporti sotto sequestro, degli stretti tempi in cui le operazioni devono essere svolte e soprattutto a causa della modifica del supporto sul quale si compie l'accertamento tecnico, comportando un pregiudizio irreparabile per qualsiasi delle parti processuali in quanto in caso di errori compiuti nella fase di acquisizione o di analisi sarà difficoltoso risalire all'originarietà di un dato ormai compromesso. Tali circostanze possono, quindi, alterare i dati non soltanto nel loro contenuto ma anche nella loro struttura interna, risultando necessario svolgere attività di acquisizione dati con modalità irripetibili ai sensi dell'art. 360 c.p.p.; L'orientamento consolidato è nel senso di atti ripetibili, cfr. Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503 ha ritenuto che ove venga accertata l'assenza di alterazione del disco informatico, si è in presenza di una attività ripetibile, rilevando che in tal caso non si dà luogo ad un accertamento tecnico irripetibile in quanto la lettura dell' *hard disk* di un computer sequestrato, è attività di polizia giudiziaria volta, anche con urgenza, all'assicurazione delle fonti di prova ed è di natura ripetibile; cfr. Cass., Sez. I, 5 marzo 2009, n. 14511, ha ritenuto che non rientra nel novero degli atti irripetibili l'attività urgente ed immediata di estrazione di copia di un *file* da un computer oggetto di sequestro, dal momento che essa non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre comunque assicurata la riproducibilità anche in futuro delle informazioni identiche a quelle contenute nell'originale e sempre che le operazioni siano state eseguite da personale qualificato.

Sul punto è intervenuta la Suprema Corte escludendo che l'attività di estrazione di copia di *file* da un *computer* costituisca un atto irripetibile, in quanto “*non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre comunque assicurata la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale*”¹⁷⁷.

Per quando riguarda più da vicino la ricerca dell'autore di una diffamazione *on-line*, si rappresenta come esistono sistemi e applicazioni informatiche che consentono l'invio di e-mail traccianti in grado di identificare il reale indirizzo IP del soggetto che utilizza una rete di telecomunicazioni altrimenti non tracciabile.

Occorre domandarsi se questi strumenti informatici di identificazione del reale utilizzatore di quell'*account* di posta sono dei sistemi di identificazione mediante appostamento informatico oppure vere e proprie intercettazioni telematiche che pertanto devono essere autorizzate anche dal giudice oltre che dal pubblico ministero.

L'unico utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova è rinvenibile in un'attività investigativa volta ad accertare l'autore di alcune condotte di diffamazione *on line* poste in essere attraverso un sito *web* di *gossip* italiano ma le cui pagine erano allocate su un *server* in Australia¹⁷⁸.

Il soggetto agente utilizzava una rete di telecomunicazioni non tracciabile ed erano risultate vane diverse azioni investigative, autorizzate dal pubblico ministero, volte ad accertare l'IP del reale mittente. Dopo l'emissione del decreto del pubblico ministero si decise di ricorrere pertanto all'invio di alcune e-mail cosiddette traccianti all'indirizzo che risultava abbinato alla gestione editoriale del sito di *gossip*.

L'email tracciante consente il tracciamento elettronico della postazione utilizzata in sede di lettura, attraverso l'inserimento all'interno del messaggio di posta di un codice html, appositamente studiato dalla polizia giudiziaria¹⁷⁹. Questa attività investigativa è

¹⁷⁷ Cass., Sez I, 5 marzo 2009, n.14511; conforme Cass., Sez. I, 26 febbraio 2009, n.11863

¹⁷⁸ Trib. Milano, 22 febbraio 2010; Cass., sez.V, 7 giugno 2013 n. 12180

¹⁷⁹ ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, 2014, descrive l'appostamento informatico come un software include un elemento invisibile all'utente nel corpo dell'e-mail da inviare (spesso un'immagine infinitesimale dello stesso colore dello sfondo dalle dimensioni di un singolo pixel), generando una richiesta ad un server. Al momento dell'apertura del messaggio da parte dell'utente, viene generata a sua insaputa, una richiesta al server da cui verrà prelevata l'immagine in modo tale da poter tracciare l'indirizzo IP dell'utente e l'orario del contatto:” *Quando l'utente apre il messaggio ricevuto vengono restituite di nascosto alla polizia giudiziaria le informazioni relative all'account del*

stata ribattezzata dalla sentenza di primo grado del Tribunale di Milano “*appostamento informatico*” in quanto di per sé idonea a rivelare la posizione e l'individuazione di un utente sulla rete Internet ed è stato escluso possa essere riconducibile ad una attività di intercettazione telematica *ex art. 266-bis*, c.p.p. per l'assenza di qualsivoglia captazione di flussi di comunicazione intercorsi tra due soggetti.

All'esito del processo di primo grado, il Tribunale di Milano ha riconosciuto la liceità dell'azione investigativa, non potendo essere la stessa inquadrabile in una attività tipica dell'agente provocatore e nemmeno in una attività di intercettazione telematica bensì come un vero e proprio appostamento informatico da intendersi come mezzo di prova atipico *ex art. 189* c.p.p. Ciò che viene tracciato dagli investigatori e da coloro che adottano tale strumento informatico è l'indirizzo *Internet Protocol (IP)* di connessione cd. Sorgente, nonché la data e l'ora in cui è stata aperta l'email. L'IP non è parte integrante del flusso di dati che costituiscono il contenuto della comunicazione ma costituisce soltanto l'elemento identificativo del soggetto che si connette alla rete, non trovando applicazione la norma sulle intercettazioni telematiche.

destinatario, la data di apertura del messaggio nonché tutte le altre informazioni tecniche relative alla consegna del messaggio o all'apertura dell'allegato. Inoltre, a seconda dei software, sarà possibile georeferenziare colui che ha aperto il messaggio (rispetto alla posizione presunta, ovvero tramite il proprio provider), o il momento in cui ha aperto l'allegato o cliccato su un link dell'email)”.

CAPITOLO III

***SOCIAL NETWORK* E NUOVI STRUMENTI DI COMUNICAZIONE**

SOMMARIO: 1. La diffamazione 2.0 – 2. Diffamazione a mezzo *Facebook*. – 3. Diffamazione a mezzo *Twitter*. – 4. *Blog, forum, mailing-list, newsgroup, chat* e responsabilità dei gestori. – 5. Diffamazione a mezzo *SMS*. – 6. La diffamazione tramite *Tripadvisor*. – 7. La valenza probatoria della stampa di una *pagina web*. – 8. Rete e diritto all'oblio.

1. La diffamazione 2.0

È in atto, come osservato nei capitoli precedenti, una “*rivoluzione mediatica*”¹, in cui riveste un ruolo centrale il *web* con le sue straordinarie potenzialità diffusive e di accesso.

La disponibilità di *smartphone* e *tablet* ha provocato un vertiginoso aumento degli scambi di comunicazioni, grazie alla praticità di utilizzo, il peso esiguo, il costo accessibile ed il collegamento alla rete *wireless*. Si assiste, dunque, ad un ampliamento di contatti con il *web*, e di conseguenza con le informazioni in esso contenute, di persone di qualunque età e condizione sociale.

Il *web 2.0* rappresenta un'evoluzione di *Internet*, compensando al suo interno tutte le innovazioni tecnologiche concernenti la diffusione dell'informazione².

Lo sviluppo e la diffusione di *Internet* ha condotto ad un incremento dell'interazione tra sito e utente, rendendo i fruitori del *web* sempre più partecipi attraverso l'utilizzo di *blog, chat, forum, periodici on line, social network, mailing-lists e newsgroup*³.

¹ FUMO M., *La diffamazione mediatica*, cit., p.31, osserva che “*la rivoluzione mediatica palesemente in atto, ha comportato la possibilità che qualsiasi persona, in qualsiasi momento, sia potenzialmente informata sul conto di qualsiasi altra. Ciò ha inevitabilmente determinato una sorta di escalation comunicativa e, dunque, vale a dire, l'eventuale moltiplicazione della possibilità di diffusione di messaggi diffamatori*”. Aggiunge, che è possibile che i diversi media, interagendo fra loro, diano luogo ad un vero e proprio “effetto valanga”, in base al quale una notizia *vires acquirit eundo*. Può accadere, per esempio, che una notizia diffusa sul web venga ripresa dalla stampa e che successivamente intervengano a riportarla radio e televisioni. Accade, perciò, che “*media disomogenei (per struttura organizzativa, contenuti e stile delle comunicazioni, nonché per le caratteristiche, si vorrebbe dire antropologiche, degli utenti/destinatari) influenzandosi reciprocamente, diano luogo a quel fenomeno di ipermediaticità, che caratterizza la comunicazione dei nostri giorni*”.

² IASELLI, *I problemi giuridici del web 2.0*, articolo rinvenibile nella sezione *Quotidiani giuridici* su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, 09/07/2010, ritiene che Il web 2.0: “*rappresenta una collaudata ed efficace evoluzione di Internet intesa come la summa delle capacità tecnologiche raggiunte dall'uomo nell'ambito della diffusione dell'informazione e della condivisione del sapere*”.

³ VERRI, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, 2013, p.377, sottolinea come un tempo il lettore di giornali e periodici e l'ascoltatore di programmi diffusi via radio e televisione ricevevano le notizie in modo passivo; mentre oggi si assiste ad una sempre maggiore consultazione dei periodici *on line*,

Pertanto, qualunque persona, in qualunque momento può essere informata sul conto di un'altra, accrescendo la possibilità di diffusione di messaggi diffamatori.

È necessario perciò operare un bilanciamento tra la tutela della libera manifestazione del pensiero⁴ e gli altri interessi rilevanti che potrebbero essere lesi da un esercizio sconsiderato della libertà in questione, avendo riguardo, in particolar modo, delle esigenze di tutela dell'onore, della reputazione, della dignità personale e della riservatezza sul *web*.

Si pone, dunque, per il giurista il problema di comprendere tali nuovi fenomeni, confrontandosi con un sistema normativo assai risalente e adottando la soluzione più adeguata rispetto a lesioni dell'altrui reputazione perpetrate attraverso i nuovi mezzi di comunicazione.

2. Diffamazione a mezzo Facebook

La portata lesiva del più popolare tra i *social network* è stata affermata per la prima volta con la sentenza del Tribunale di Livorno del 2 ottobre 2012, n.38912⁵.

In tale pronuncia, il Gip ha ritenuto che la pubblicazione di *post* offensivi sulla propria bacheca *Facebook* integrasse gli elementi tipici del reato di diffamazione aggravata, ai sensi dell'art.595, comma 3, c.p.

Facebook costituisce una rete sociale in grado di coinvolgere un numero indeterminato di utenti che entrano in comunicazione tra loro pubblicando o scambiandosi contenuti visibili agli altri utenti. Tale *social network* consente di inviare e ricevere messaggi,

sollecitando continuamente le opinioni dei lettori sugli argomenti trattati e consentendo loro di esprimere il proprio parere in via diretta ed immediata attraverso commenti. Inoltre, vi sono pagine appositamente dedicate al dialogo con gli internauti sui *social network*, che permettono la condivisione di opinioni, vicende private, immagini o filmati. Tale immenso fenomeno non può che avere notevoli ricadute in tema di diffamazione in ragione delle molteplici occasioni di lesione della reputazione che ne derivano.

⁴ IASELLI, *I problemi giuridici del web 2.0*, cit., esalta la connotazione di Internet come strumento di massima espressione del principio di libera manifestazione del pensiero, in quanto non si pone come entità fisica tangibile ma è caratterizzato da una gigantesca rete capace di interconnettere un numero infinito di reti collegate fra loro. Internet non appartiene a nessuno, è un'entità acentrica e ciò costituisce sia un punto di forza che di debolezza: “La forza poiché tale rete planetaria non può essere soggetta a nessuna influenza esterna assumendo quindi un'indipendenza assoluta; la debolezza poiché la sua connotazione acentrica ed in un certo senso "anarchica" comporta tutti quegli inconvenienti derivanti dalla mancanza di un effettivo controllo dall'alto, con la nascita di nuove fattispecie criminose”.

⁵ Trib. Livorno, 2 ottobre 2012, n. 38912, riguardante un caso in cui un *ex* dipendente di un centro estetico, ritenendo di essere stato licenziato ingiustamente, aveva pubblicato sulla propria bacheca *Facebook* dei *post* offensivi in cui esaltava la scarsa professionalità del centro, consigliando agli utenti di non frequentarlo.

rilasciare commenti e scrivere sulla bacheca di amici, impostando diversi livelli di condivisione delle informazioni.

La sentenza rileva come risulti evidente la consapevolezza degli utenti del *social* del fatto che altri utenti possano prendere visione delle informazioni scambiate in rete. Da ciò ne discende che l'uso di espressioni denigratorie integra sicuramente gli estremi della diffamazione alla luce del carattere pubblico del contesto in cui le espressioni sono manifestate, della sua conoscenza da parte di più persone e della possibile incontrollata diffusione tra gli utenti del *social network*.⁶

In conclusione si rinvencono gli estremi del delitto di diffamazione aggravata dall'utilizzo di altro mezzo di pubblicità *ex art.595*, comma 3, c.p.

In dottrina è stato sottolineato come il Tribunale abbia trascurato le peculiarità di *Facebook* ed omesso ogni accertamento concreto sulle impostazioni del livello di riservatezza della bacheca e dei post dell'imputata. È noto, infatti, che *Facebook* consente agli utenti di optare per la totale pubblicità del materiale presente in bacheca, ovvero per una sua condivisione con gli amici di amici o riservata ai soli amici o al solo utente del profilo. Per tali ragioni, la pronuncia non avrebbe dovuto configurare l'aggravante in parola, nel caso in cui l'utente avesse adottato restrizioni alla pubblicità dei messaggi, diffondendoli soltanto nella propria cerchia predefinita di amici.⁷

La tesi, tuttavia, non pare condivisibile, giacché non è possibile stabilire la portata quantitativa degli amici tale da causare una diffusione del messaggio lesivo su larga scala: gli amici di Facebook possono aumentare, diminuire, essere bloccati, ma al tempo stesso possono taggare, condividere ecc.⁸

Ulteriore problema riguarda la riconducibilità all'imputato del messaggio oggetto di doglianza, in quanto spesso accade che in rete si assista ad affermazioni anonime e furti d'identità. È necessario, quindi, risalire al soggetto a cui è attribuita la paternità della dichiarazione.

Il giudice risolve la questione rilevando come all'interno del profilo che contiene le

⁶ Trib. Livorno, 2 ottobre 2012, n. 38912 afferma che: “è nota agli utenti di Facebook l'eventualità che altri possano in qualche modo individuare e riconoscere le tracce e le informazioni lasciate in un determinato momento sul sito, anche a prescindere dal loro consenso: trattasi di attività di c.d. tagging che consente, ad esempio, di copiare messaggi e foto in bacheca e nel profilo oppure mail e conversazioni in chat, che, di fatto, sottrae questo materiale dalla disponibilità dell'autore e sopravvive alla sua eventuale cancellazione dal social network”.

⁷ CORRIAS LUCENTE, La diffamazione a mezzo Facebook, in www.mediallaws.eu, 25 febbraio 2013

⁸ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p. 590

espressioni denigratorie siano rinvenibili altri commenti tali da ricondurre l'imputato all'autore del post incriminato⁹.

La giurisprudenza di legittimità, si pronuncia in materia affermando che per la configurazione del reato di diffamazione a mezzo *Facebook* “è sufficiente che il soggetto la cui reputazione è lesa sia individuabile da parte di un numero limitato di persone, indipendentemente dalla indicazione nominativa”¹⁰.

Pertanto, sarà passibile di condanna per il reato di diffamazione colui che pur non nominando direttamente il soggetto a cui si riferisce, fornisca dei particolari utili alla sua identificazione.

La Corte Militare d'Appello di Roma, aveva assolto l'imputato, condannato in primo grado per diffamazione pluriaggravata, in virtù del fatto che l'identificazione della persona offesa risultava possibile soltanto da parte di una ristretta cerchia di soggetti del *social network*, non essendovi alcuna indicazione del nome del soggetto offeso, né ogni altro tipo di riferimento a quest'ultimo. Veniva rilevata la mancanza della prova dell'intenzionalità di comunicare con più persone in grado di individuare il soggetto a cui erano rivolte le espressioni denigratorie.

In seguito all'impugnazione della sentenza di secondo grado, i giudici di legittimità hanno annullato con rinvio la sentenza di appello affermando che ai fini dell'integrazione del reato il destinatario dell'offesa sia individuabile da un numero limitato di persone, a prescindere dalla presenza di un'indicazione nominativa.

La Suprema Corte rileva come il reato di diffamazione non richieda un dolo specifico, bensì la consapevolezza di pronunciare una frase lesiva dell'altrui reputazione e la volontà che la frase venga a conoscenza di due o più persone¹¹.

⁹ MELZI D'ERIL., *In tema di diffamazione via Facebook*, in *Dir. Pen. Cont.* 29 gennaio 2013, sottolinea che ormai, se gli inquirenti hanno davvero intenzione di portare avanti le indagini, vi sono strumenti che lo consentono. Infatti, la tecnologia ha fatto passi da gigante anche nel consentire la ripresa "a ritroso" di quanto viene introdotto in rete: “*La stragrande maggioranza delle tracce lasciate sul web, tranne forse quelle prodotte da hacker di notevole esperienza, possono essere abbastanza agevolmente ricostruite, fino ad attribuire, ad esempio, l'introduzione di un contenuto ad un numero IP che identifica uno e un solo computer*”.

¹⁰ Cass., Sez.I, 16 aprile 2014, n.16712, la prima sezione penale della Cassazione ha annullato con rinvio l'assoluzione, pronunciata dalla Corte militare d'Appello di Roma, nei confronti di un maresciallo della Guardia di Finanza che, sul proprio profilo *Facebook*, aveva usato espressioni diffamatorie nei confronti del collega che lo aveva sostituito in un incarico, senza, tuttavia, mai indicarne esplicitamente il nome.

¹¹ Cass., Sez.I, 16 aprile 2014, n.16712, La Corte ritiene che ai fini di tale valutazione si deve necessariamente tenere conto dell'utilizzazione del *social network*, non rilevando il fatto che non si tratti di strumento finalizzato a contatti istituzionali tra appartenenti alla Guardia di finanza e nemmeno la

I giudici di legittimità si sono pronunciati sul distorto utilizzo di *Facebook* anche nella sentenza del 24 marzo 2014, n.13604¹².

Il caso riguardava la pubblicazione di scritti denigratori sul profilo *Facebook* dell'imputato nei confronti di soggetti facilmente individuabili¹³.

In secondo grado i giudici hanno condannato l'imputato per diffamazione, ritenendolo l'autore degli scritti offensivi dell'altrui reputazione, in quanto destinati ad una consapevole divulgazione a più persone. Avverso tale sentenza, l'imputato ha proposto ricorso per Cassazione deducendo una violazione di legge ed un vizio della motivazione fondati sull'errata valutazione circa l'effettiva riconducibilità delle dichiarazioni all'imputato, rilevandosi un'illegittima intrusione nel sistema informatico; sulla mancanza di motivazione in riferimento al rigetto della deduzione inerente all'esercizio del diritto di critica; ed infine sul mancato riconoscimento dell'*exceptio veritatis*, trattandosi di fatti attinenti ad una funzione pubblica.

La Cassazione ha rigettato il ricorso, attribuendo i contenuti all'imputato e non riscontrando il requisito della contenenza ai fini dell'esercizio del diritto di critica, poiché nei testi sono rinvenibili aspetti di palese irrisione che travalicano la mera critica ai fatti evocati; infine, l'*exceptio veritatis* deve essere attivata da chi ne abbia interesse non potendo essere meramente invocata, né rimessa alla valutazione *ex officio* del giudice.

La Suprema Corte si confronta, ancora una volta, con l'illecito utilizzo dei *social network*, sottolineando la diffusività delle affermazioni pubblicate su tali siti, con la sentenza n.24431 del 2015¹⁴.

La Corte di Cassazione ha stabilito che inserire un commento su una bacheca di un *social network* equivale a conferire al messaggio lesivo una diffusione tale da poter raggiungere un numero indeterminato di persone, integrando la fattispecie aggravata del reato di diffamazione *ex art.595*, comma 3 c.p.¹⁵

circostanza che in concreto la frase fosse stata letta soltanto da una persona.

¹² Cass., Sez.I, 24 marzo 2014, n.13604

¹³ Cass., Sez.I, 24 marzo 2014, n.13604, venivano messe in dubbio la legittima percezione di emolumenti per un lavoro straordinario e la vittoria di un pubblico concorso a cui aveva partecipato una delle parti lese e in cui figurava tra i commissari il convivente.

¹⁴ Cass., Sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431

¹⁵ Cass., Sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431 questo il caso di riferimento: il Giudice di pace di Roma, chiamato a giudicare una fattispecie diffamatoria, consistita nel postare un commento sulla bacheca Facebook della persona offesa, dichiarava la sua incompetenza per materia a decidere in ordine al reato di cui all'art. 595 c.p., co. 3, precisando che, ancorché non contestata, quella al suo esame integrava fattispecie aggravata ai sensi del terzo comma della norma incriminatrice. Il Tribunale monocratico di Roma non riteneva, però,

I giudici di legittimità, dopo aver ritenuto sussistente il conflitto di competenza sollevato dal giudice di pace di Roma, hanno affermato la competenza a conoscere del fatto dedotto in giudizio in capo al Tribunale di Roma, in composizione monocratica.

Viene rilevato come i reati di ingiuria e diffamazione siano passibili di essere commessi attraverso Internet, configurando un'ipotesi aggravata della fattispecie base; ciò non può escludersi qualora l'offesa avvenga mediante i *social network*, su una bacheca *Facebook*.

La diffusione del messaggio utilizzando una bacheca Facebook, è in grado di raggiungere un numero indeterminato di persone, poiché racchiudono un numero apprezzabile di persone che attraverso tale strumento condividono le proprie esperienze di vita creando un rapporto interpersonale esteso ad un gruppo indeterminato di aderenti, con lo scopo di socializzare¹⁶.

Pertanto, la condotta di postare un commento offensivo sulla bacheca *Facebook* realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, rientrando nella tipizzazione codicistica descritta dal terzo comma dell'art. 595 c.p.p.. Infatti, l'ipotesi di reato di cui al terzo comma dell'art. 595 c.p.p., quale fattispecie aggravata del delitto di diffamazione trova il suo fondamento nella potenzialità, nella idoneità e nella capacità del mezzo utilizzato per la consumazione del reato a coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone, ancorché non individuate nello specifico ed apprezzabili soltanto in via potenziale, cagionando un maggiore e più diffuso danno alla persona offesa.

Infine, la Cassazione con una recente sentenza ha affermato che la diffusione di un messaggio diffamatorio mediante l'utilizzo di *Facebook* integra l'ipotesi aggravata del delitto di diffamazione arrecata con qualunque mezzo di pubblicità ai sensi dell'art.595, comma 3, c.p. ma non anche l'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa consistente

configurabile tale l'aggravante, sostenendo che postare un commento sulla bacheca *Facebook* della persona offesa non implica la pubblicazione o la diffusione del relativo contenuto offensivo, essendo quest'ultima possibile soltanto se non vengono attivati dalla persona offesa meccanismi di protezione della privacy; declinava anch'esso la propria competenza a giudicare la fattispecie dedotta in favore del Giudice di pace di Roma e rimetteva pertanto gli atti alla Corte di Cassazione per la risoluzione del conflitto.

¹⁶ Cass., Sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431, afferma che “anche la diffusione di un messaggio con le modalità consentite dall'utilizzo per questo di una bacheca Facebook, ha potenzialmente la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, sia perché, per comune esperienza, bacheche di tal natura racchiudono un numero apprezzabile di persone (senza le quali la bacheca Facebook non avrebbe senso), sia perché l'utilizzo di Facebook integra una delle modalità attraverso le quali gruppi di soggetti socializzano le rispettive esperienze di vita, valorizzando in primo luogo il rapporto interpersonale, che, proprio per il mezzo utilizzato, assume il profilo del rapporto interpersonale allargato ad un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione”

nell'attribuzione di un fatto determinato *ex art.* 13, l. 47/1948.¹⁷

Il caso riguarda la contestazione del delitto di cui all'art. 595, commi 1,2,3, c.p. per aver pubblicato sul proprio profilo Facebook un testo lesivo della reputazione, attribuendo al destinatario dell'offesa un fatto determinato tramite Internet.¹⁸

Il ricorso viene rigettato perché ritenuto infondato.

In primo luogo, la Suprema Corte rileva che l'ordinanza impugnata non possa essere qualificata come abnorme, in quanto espressione del potere di controllo attribuito al giudice dell'udienza preliminare sulla qualificazione giuridica del fatto; potere che rimane legittimamente esercitato pur se in maniera non corretta in conseguenza dell'erronea interpretazione di una norma giuridica.

In secondo luogo, non viene rilevata l'erronea qualificazione del fatto contestato dall'imputato. La diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca Facebook integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p., ma proprio le peculiarità che presentano le dinamiche di diffusione del messaggio screditante finalizzate alla socializzazione, fanno propendere per un'inclusione della condotta nella tipologia di “*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*” che il codificatore ha giustapposto a quella del mezzo della stampa¹⁹.

¹⁷ Cass., Sez.V, 14 novembre 2016 (dep. 1 febbraio 2017), n.4873

¹⁸ Cass., Sez.V, 14 novembre 2016 (dep. 1 febbraio 2017), n.4873. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale d'Imperia propone ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del GUP che aveva disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero perché provvedesse alla citazione diretta a giudizio dell'imputato per il reato di diffamazione, che prevede la pena edittale massima di tre anni. Il ricorrente rilevava l'abnormità dell'ordinanza impugnata, osservando che il giudice dell'udienza preliminare aveva erroneamente ritenuto che il delitto contestato fosse punito con pena edittale non superiore a quattro anni di reclusione, in quanto la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'utilizzo di una bacheca Facebook integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art.595, comma 3, c.p. Da ciò ne consegue che, essendo stata altresì contestata l'ipotesi di attribuzione di fatto determinato, il giudice dell'udienza preliminare avrebbe dovuto prendere in considerazione la pena massima edittale della reclusione fino a 6 anni prevista dall'art.13 Legge 8 febbraio 1948, n.47, quale circostanza ad effetto speciale del delitto di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato.

¹⁹ Cass., Sez.V, 14 novembre 2016 (dep. 1 febbraio 2017), n.4873, in cui la Corte sottolinea come “*la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca facebook integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 c.p., comma 3, poiché questa modalità di comunicazione di un contenuto informativo suscettibile di arrecare discredito alla reputazione altrui, ha potenzialmente la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone [...] e che, proprio queste peculiari dinamiche di diffusione del messaggio screditante, in linea con la loro finalizzazione alla socializzazione, “sono tali da suggerire l'inclusione della pubblicazione del messaggio diffamatorio sulla bacheca facebook nella tipologia di ‘qualsiasi altro mezzo di pubblicità’, che, ai fini della tipizzazione della circostanza aggravante di cui all'art. 595 c.p., comma 3, il codificatore ha giustapposto a quella del ‘mezzo della stampa’.*”

La Cassazione che fonda la propria conclusione sul fatto che la particolare natura del *social network* determina la sua non riconducibilità al concetto di stampa, sulla base dei principi espressi nella decisione delle Sezioni Unite n.31022/2015, in cui viene affermata la legittimità di un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del termine “stampa”, così da estendere alle testate giornalistiche telematiche le garanzie di rango costituzionale ed ordinario assicurate a quelle tradizionali in formato cartaceo (*supra* Cap. II § 4.2).

Tale risultato interpretativo non può riguardare tutti i nuovi mezzi informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list e social network*), ma deve rimanere circoscritto soltanto a quei casi che per i profili, strutturale e finalistico, che li connotano, sono riconducibili nel concetto di “stampa” inteso in senso più ampio²⁰.

L'informazione professionale veicolata tramite una testata *on-line* deve distinguersi dalla diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo.

La Corte ha, quindi, concluso con il precisare che: “*anche il social-network più diffuso, denominato Facebook, non è inquadrabile nel concetto di stampa*”, essendo: “*un servizio di rete sociale, basato su una piattaforma software scritta in vari linguaggi di programmazione, che offre servizi di messaggistica privata ed instaura una trama di relazioni tra più persone all'interno dello stesso sistema*”²¹.

Da qui la correttezza della qualificazione giuridica del fatto compiuta dal giudice nel provvedimento impugnato, che ha ineccepibilmente ritenuto essere il delitto di diffamazione contestato all'imputato aggravato dalla sola circostanza prevista dall'art. 595, commi 2 e 3, cod. pen. – offesa arrecata mediante l'attribuzione di un fatto determinato con un qualunque mezzo di pubblicità – e non anche da quella prevista dall'art. 13 L. n. 47/1948 - attribuzione di un fatto determinato con il mezzo della stampa²².

In dottrina si evidenzia il rischio insito in tale argomentazione della Cassazione, ossia quello di far prevalere la nozione di stampa fatta propria dalle Sezioni Unite, rispetto a quella codificata nell'art.1 della legge 47/1948, sdoganando la lettura del concetto di “riproduzione” elaborata da dottrina e giurisprudenza sino ad oggi. Tuttavia, qualora si

²⁰Cass., Sez.U., 29 gennaio 2015, n.30122

²¹Cass., Sez.U., 29 gennaio 2015, n.31022

²² Cass., Sez.V, 14 novembre 2016 (dep. 1 febbraio 2017), n.4873

seguisse un simile percorso motivazionale relativamente all'utilizzo dei mezzi riconducibili alla nozione evolutiva di stampa adottata dalle Sezioni Unite, escludendo la definizione di stampato ex art.1 l.47/1948, sarebbero applicabili l'art.13 della legge sulla stampa, nonché l'art. 57 c.p. in tema di responsabilità per il direttore del periodico. Ciò condurrebbe ad una soluzione inaccettabile: un'estensione analogica in *malam partem* delle disposizioni riservate dal legislatore ai soli stampati prodotti mediante mezzi meccanici o fisico-chimici²³.

Dalla rassegna delle pronunce in materia, emergono tuttavia delle questioni di attualità rimaste irrisolte, come quella della condivisione dei contenuti e dei “*mi piace*”.

Appare condivisibile in tal senso l'orientamento che configura il concorso nel reato quando si condivide sulla propria bacheca un messaggio diffamatorio scritto da altri²⁴.

Si trovano al confine, invece, i casi in cui venga condiviso un post altrui al fine di prenderne le distanze dai contenuti, in quanto tale operazione seppur necessita di una valutazione caso per caso in riferimento all'elemento soggettivo, diffonde il messaggio lesivo dell'altrui reputazione, ampliando notevolmente la platea dei soggetti che ne vengono portati a conoscenza.²⁵

In riferimento alle reazioni ai post altrui (“*mi piace*”, “*love*”, “*wow*”, “*sigh*”) si pone un problema dell'allargamento della sfera di utenti a conoscenza del post diffamatorio.²⁶

Spetterà all'interprete compiere una valutazione delle situazioni caso per caso, in attesa di un intervento mirato del legislatore volto a colmare le lacune presenti in materia.

3. Diffamazione a mezzo Twitter

“*Twitter*” deriva dal verbo inglese “*to tweet*” che significa “*cinguettare*”, si tratta di un *social network* che fornisce agli utenti una pagina personale in cui possono inserirsi

²³ BIRRITTERI, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre ad un'estensione analogica in malam partem sulla stampa*, www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2017

²⁴ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p. 595 sostiene che: “*A tale conclusione si perviene, perché è del tutto evidente che, facendo mio il messaggio diffamatorio postato da Tizio, ne allargo la conoscenza ai miei “amici” virtuali e quindi ledo anch'io la reputazione del soggetto diffamato. È un po', insomma, come se un giornale pubblica i contenuti di una notizia apparsa su un altro media*”.

²⁵ PEZZELLA, *La diffamazione*, *ibidem*

²⁶ PEZZELLA, *La diffamazione*, *ibidem*, ritiene che: “*Cliccare sull'indicatore di gradimento di un post altrui, per chi lo fa, spesso comporta un momento volitivo meno intenso rispetto alla condivisione. Lo si fa spesso, in altri termini, con grande superficialità. Tuttavia, anche con il “mi piace” (o con i suoi equivalenti, di segno negativo) si porta a conoscenza, per quanto per un periodo di tempo più limitato e sulla sola home, dell'esistenza di quel messaggio diffamatorio*”.

aggiornamenti di stato tramite messaggi di testo con una lunghezza non superiore ai 140 caratteri.

Gli aggiornamenti vengono mostrati nella pagina del profilo dell'utente e resi disponibili agli utenti che si sono registrati per riceverli. È possibile, comunque, limitare od estendere la visibilità dei propri messaggi.

Di notevole rilievo è la procedura di *hashtag*, che consente al *tweet* di divenire in automatico un *link* capace di rimandare ai risultati di ricerca su uno specifico argomento, consentendo di condividere con i *follower* un evento in tempo reale.²⁷

Twitter, a differenza di *Facebook*, non prevede degli amici ma consente di seguire gli aggiornamenti di stato di persone d'interesse, nonché di essere seguiti relativamente ai propri aggiornamenti di stato.

Perciò anche tale *social network* è un possibile veicolo di lesione dell'altrui reputazione ma la previsione di un limite di 140 caratteri, ne riduce la portata, poiché richiede una maggiore attenzione a ciò che si scrive, aumentandone la qualità.

4. *Blog, forum, mailing-list, newsgroup, chat e responsabilità dei gestori*

Il *blog* è una pagina *Internet* personale, aperta ai commenti dei lettori, di norma organizzata in ordine cronologico e arricchita con link ad altri siti, articoli, immagini, video disponibili in rete. Il termine deriva dalla contrazione di “*web log*”, ovvero “*diario di bordo della rete*”.

La semplicità di realizzazione e l'immediatezza della comunicazione, hanno reso tali strumenti sempre più diffusi.

Inizialmente il *blog* è stato utilizzato soprattutto come mezzo di espressione individuale o di organizzazione di propri *hobbies*, ma con il tempo è andato assumendo un'importanza sempre maggiore come mezzo di circolazione delle idee e di informazione²⁸.

²⁷ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., 596, definisce *hashtag*: “una parola chiave preceduta dal simbolo “cancelletto” (#) inserita nel messaggio, che viene usata dagli utenti per raggruppare tutti i *tweet* che fanno riferimento ad un determinato tema. Oltre a raggruppare e tenere traccia dell'argomento, l'*hashtag* facilita anche la ricerca attraverso il motore interno di *Twitter*”. Inoltre “permette di vedere chi tra i partecipanti sta *twittando* su quell'argomento, stimolando l'interazione tra persone che non si conoscono. Spesso con questo sistema si organizzano campagne a favore o contro una determinata questione.”

²⁸Enciclopedia Treccani, (voce) *blog*.

Chiunque può aprire un *blog* personale inerente ad un determinato argomento, attraverso un indirizzo *Internet* ed un nome, mettendolo a disposizione degli internauti.

I *blog* possono essere ospitati da un *server* pubblico o creati su un proprio *server* : nel primo caso, sarà il fornitore di servizi a rendere disponibili tutti gli strumenti tecnici per cominciare ad ospitare i primi contributi; nel secondo caso, sarà il *blogger* stesso ad installare sul proprio sito gli strumenti necessari a renderlo idoneo ad ospitare un *blog*.²⁹

Si pone il problema attinente alla possibilità o meno per il *blogger* di esercitare un controllo preventivo sugli interventi pubblicati da terzi.

Si ritiene che il curatore del *blog* abbia una possibilità di controllo ed eventuale rimozione *ex post* dei contenuti illeciti e pertanto, qualora il *blogger* autorizzi una pubblicazione lesiva dell'altrui reputazione, risponderà in concorso con l'autore della medesima nel reato di diffamazione ai sensi dell'art. 595 c.p. Ovviamente, se l'autore è ignoto, ne risponderà da solo³⁰.

Il moltiplicarsi dei *blog* in *Internet* ha quindi posto il problema della configurabilità di una responsabilità in capo ai gestori degli stessi per la diffamazione commessa dai partecipanti al dibattito *on line*.

In materia è intervenuta la giurisprudenza di merito che ha condannato il responsabile di un *blog*, ritenendolo assimilabile alla figura del direttore responsabile di un periodico³¹.

Il gestore di un *blog* viene equiparato al direttore responsabile dello stesso, in quanto incombe su di lui il controllo di quanto viene postato e il conseguente dovere di eliminazione dei contenuti offensivi, allo stesso modo di un direttore responsabile³².

²⁹ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit. p.564

³⁰ PEZZELLA, *La diffamazione*, p.564 delinea un'ulteriore questione problematica concernente la pubblicazione di uno scritto diffamatorio su un *blog*, rispetto al quale il *blogger* aveva soltanto una possibilità di rimozione *ex post*, non potendo porre in essere alcun controllo *ex ante*.

³¹ Trib. Aosta, 1 giugno 2006, n.553 Il caso in esame riguarda la pubblicazione di post diffamatori su un *blog* mediante pseudonimi. Dalle indagini si è potuto appurare che il firmatario di uno degli articoli coperti da pseudonimi era lo stesso responsabile del *blog*. Egli, perciò, veniva condannato in primo grado per il reato di diffamazione aggravata ex art. 595, comma 3, c.p. per aver commesso il fatto mediante l'immissione di materiale diffamatorio su un *blog*. Le indagini non consentivano, invece, di individuare chi fosse l'autore degli altri due articoli diffamatori, in relazione ai quali, tuttavia, il tribunale aostano condannava il gestore del *blog* ritenendolo, però, responsabile ai sensi dell'art. 596 bis c.p.

³² Trib. Aosta, 1 giugno 2006, n.553 afferma che: "colui che gestisce il *blog* altro non è che il direttore responsabile dello stesso, pur se non viene formalmente utilizzata tale forma semantica per indicare la figura del gestore e proprietario di un sito *Internet*, su cui altri soggetti possano inserire interventi. Ma, evidentemente, la posizione di un direttore di una testata giornalistica stampata e quella di chi gestisce un *blog* (e che, infatti, può cancellare messaggi) è – mutatis mutandis – identica. Il gestore di un *blog* ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha

Nel caso affrontato dalla sentenza non si evince la presenza o meno di controllo preventivo del *blogger* rispetto ai contenuti pubblicati. Si è rilevato in dottrina come il caso di riferimento induce a ritenere che vi fosse solo una possibilità di rimozione *ex post* del contenuto in capo al *blogger* non potendo adoperare alcun filtro, ben potendo gli utenti scrivere direttamente sul blog³³.

L'esclusione di una responsabilità diretta in capo al *blogger* e la sua equiparazione al direttore di una testata giornalistica, lascia perplessi.

Si rileva come il giudice per far fronte ad un contenuto anonimo si sia avventurato nella pericolosa strada dell'estensione analogica, in modo assolutamente apodittico, attraverso l'assimilazione al direttore responsabile. Tale interpretazione potrebbe condurre ad applicazioni aberranti relativamente ad altre realtà telematiche³⁴.

Se il *blog* non è considerato come stampato ai sensi dell'art. 1 l.48/1947, allora il gestore del sito non può essere sanzionato come direttore responsabile, in conformità con l'orientamento dominante in dottrina e giurisprudenza che ritiene che la responsabilità del direttore sia configurabile per omesso controllo e non come responsabilità oggettiva per fatto altrui³⁵.

Il *blog* non è un giornale e per tale ragione, non risulta possibile procedere ad una supervisione dei contenuti prima della loro pubblicazione: ciascun utente può liberamente immettere contenuti in qualunque momento. Da ciò ne discende l'impossibilità di operare un controllo sugli innumerevoli scritti dei visitatori e sarebbe parimenti errato fondare la

il dovere di eliminare quelli offensivi. Diversamente, vi è responsabilità penale ex art. 596 bis c.p.”

³³ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.565

³⁴ MINOTTI, *L'orfana figura del direttore responsabile*, in www.interlex.it, 26 giugno 2006, sottolinea come il giudice non abbia osato spingersi ad equiparare in maniera diretta il blog ad uno stampato. L'erroneità della motivazione emerge dall'”*orfana figura del direttore responsabile*”.

³⁵ PEZZELLA, *Blog uguale giornale? C'è chi dice di sì. Se chi gestisce il sito è come il direttore*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p.71 ss., ritiene che non sia possibile rinvenire una posizione di garanzia in capo al *blogger* ex art. 40 cpv. c.p. e neppure operare un'equiparazione delle pubblicazioni a mezzo Internet rispetto a quelle a mezzo stampa, poiché diversamente si opererebbe un'interpretazione analogica in *malam partem*, vietata dall'ordinamento penale; In termini ugualmente critici si è espresso SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, p.1069 ss., secondo cui nella pronuncia in questione: “*il giudice è giunto a riconoscere, de jure condito, una nuova posizione di garanzia in capo al gestore di un blog attraverso l'arbitraria estensione della disciplina prevista dall'art. 57 c.p. per il direttore o vicedirettore responsabile di un periodico. Ritenendo di poter estendere tout court la disciplina penalistica della stampa ai siti Internet ed in particolare ai blog, l'organo giudicante ha palesemente violato il fondamentale principio penalistico di tassatività derivante dall'art. 25, 2° comma, Cost. Come ha da tempo affermato autorevole dottrina e parte della giurisprudenza, la pretesa estensione del regime della stampa al mondo telematico costituisce, infatti, un chiaro esempio di applicazione analogica in malam partem*”.

responsabilità del *blogger* sulla possibilità di un intervento successivo alla pubblicazione di scritti da parte di terzi³⁶.

Il generalizzato riconoscimento di un gravoso, se non addirittura impossibile, obbligo di controllo preventivo sui contenuti richiederebbe ai gestori dei siti *Internet* di svolgere un'inammissibile ed arbitraria attività censoria, attribuendo il compito di limitare la libera manifestazione del pensiero in *Internet* a soggetti privi delle specifiche competenze professionali e giuridiche necessarie per cogliere l'illiceità dei contenuti pubblicati nel web.³⁷

Successivamente, è intervenuta la Corte d'Appello di Torino che ha riformato la sentenza di primo grado del Tribunale di Aosta, affermando il principio di incomparabilità del *blogger* al direttore responsabile di un giornale³⁸.

L'imputato è stato condannato per diffamazione in relazione ai post da lui stesso firmati, mentre è stato assolto perché il fatto non sussiste dal reato di omesso controllo, in quanto tutti i post che non scritti dal gestore del *blog* devono essere considerati anonimi.

I giudici del gravame ritengono che l'art. 57 c.p. non sia applicabile al gestore di un *blog*, poiché altrimenti si rischierebbe di violare il divieto di applicazione analogica in *malam partem*. La locuzione utilizzata dall'art. 57 c.p. “*direttore o vice direttore del periodico*” non può essere interpretata estensivamente in modo da ricomprendere il gestore di un *blog*. Ai fini di tale equiparazione dovrebbe sussistere un'identità tra stampa

³⁶ MINOTTI, *L'orfana figura del direttore responsabile*, in www.interlex.it, 26 giugno 2006, afferma che “*sarebbe errato fondare la responsabilità del blogger sulla possibilità di un intervento successivo alla pubblicazione di scritti da parte di terzi. Da un lato osta un evidente motivo pratico in quanto i commenti possono diventare realmente troppi per essere efficacemente monitorati. Dall'altro un concorso (di persone) successivo alla pubblicazione per opera di terzi sarebbe ben difficilmente ipotizzabile. Dall'altro ancora, infine, ci si dimentica troppo spesso che i diritti sanciti dall'art. 21 Cost. spettano a tutti e non soltanto ai professionisti della stampa*”.

³⁷ SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, cit., p.1079, rileva come tutto ciò porterebbe a sacrificare la libertà di comunicazione, espressione e manifestazione del pensiero. Aggiunge che: “*L'eventuale configurazione, de jure condendo, di una responsabilità penale a titolo di omissione impropria in capo al blogger richiederà comunque di verificare in concreto, onde evitare il ritorno ad inammissibili forme di responsabilità oggettiva, che egli abbia la possibilità effettiva di controllare previamente il contenuto di ciò che viene inserito da terzi. nel blog. Tale responsabilità andrà esclusa nel caso in cui non sia (oggettivamente) possibile da parte del gestore del blog una preventiva opera di verifica del contenuto degli scritti. I comportamenti impossibili non possono, infatti, formare oggetto di alcun rimprovero giuridico*”.

³⁸ *App.Torino*, 23 aprile 2010, i giudici del gravame hanno confermato solo in parte la condanna nei confronti del *blogger*, infliggendogli la pena della multa di 1.000 euro per la diffamazione diretta commessa in relazione al post da lui stesso firmato.

e blog, ma ciò si pone in contrapposizione a quanto affermato dall'art. 1 l.48/1947 che definisce stampe o stampati “*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*”, non ricomprendendo il messaggio pubblicato su un blog³⁹.

La conclusione a cui pervengono i giudici è che *blog, forum et similia*, non hanno alcun obbligo di munirsi di un direttore responsabile, non potendosi ritenere prodotti editoriali e per tale ragione l'imputato non può essere chiamato a rispondere per il contenuto dei *post* anonimi nemmeno ai sensi del combinato disposto degli artt. 595, 1° e 3° co., e 40, 2° co., c.p., in quanto non sussiste in capo al blogger alcun obbligo giuridico di impedire eventi lesivi della reputazione⁴⁰.

Ulteriore questione problematica, rimasta a lungo irrisolta, riguardava l'applicabilità del sequestro previsto per la stampa alle manifestazioni del pensiero trasmesse in via telematica attraverso *blog, mailing list, chat, newsletter, email e newsgroup*.

Con la già citata sentenza 31022/2015 le Sezioni Unite hanno fatto chiarezza sul punto.⁴¹

Le Sezioni Unite, dopo aver passato in rassegna tutti i nuovi mezzi di comunicazione sottolineandone le relative peculiarità⁴², giungono ad affermare che *forum, blog,*

³⁹ App.Torino, 23 aprile 2010, a conferma di tale impostazione viene affermato che ove il legislatore ha voluto regolare in modo analogo l'emittenza radiofonica o televisiva, ha sentito la necessità di stabilire apposite norme (legge 6 agosto 1990, n. 223). Inoltre, l'art. 1, l.7 marzo 2001, n.62 pur qualificando come prodotto editoriale anche il supporto informatico, non ha operato un rinvio generalizzato alla legge sulla stampa e all'obbligo di registrazione, escludendo per tali prodotti diversi dalla stampa e dagli stampati, l'obbligo di munirsi di un direttore responsabile.

⁴⁰ App. Torino, 23 aprile 2010, afferma che: “*non è dato ravvisare un obbligo giuridico di impedire che taluno inserisca un commento diffamatorio, né di far sì che i commenti possano essere postati soltanto previo controllo sul contenuto degli stessi*”, né, inoltre, “*un obbligo giuridico di cancellare un commento diffamatorio ormai immesso sul sito*”; in senso contrario, Trib. Varese, 8 aprile 2013, n.116, afferma che le offese all'altrui reputazione diffuse su un blog rendono configurabile a carico del gestore il reato di diffamazione continuato e aggravato dall'uso del mezzo di pubblicità, dovendosi sempre ritenere costui responsabile dei contenuti accessibili dalla rete, compresi i commenti inseriti da altri utenti ed indipendentemente dall'eventuale predisposizione di filtri.

⁴¹ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022 La Suprema Corte opera un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del termine “*stampa*” sottolineando però come tale operazione ermeneutica non possa riguardare tutti i nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero, ma deve essere circoscritta a quei soli casi che possono essere ricondotti per i profili strutturali e finalistici che li connotano, al concetto di stampa inteso in senso ampio. L'area di informazione professionale di una testata giornalistica *on line*, deve tenersi ben distinta dalla diffusione di notizie ed informazioni in maniera autonoma da parte dei singoli soggetti.

⁴² Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022 ritiene che: “*Il forum è una bacheca telematica, un'area di discussione, in cui qualsiasi utente o i soli utenti registrati (forum chiuso) sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile agli altri soggetti autorizzati ad accedervi, attivando così un confronto*

newsletter, newsgroup, mailing list, pagine Facebook sono certamente espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ai sensi dell'art. 21, comma 1, Cost., ma non possono godere delle garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa. Tali strumenti, rientrano infatti, “*nei generici siti Internet che non sono soggetti alle tutele e agli obblighi previsti dalla normativa sulla stampa*”⁴³.

Da ultimo, occorre segnalare una recente sentenza della giurisprudenza di legittimità che afferma la responsabilità a titolo di concorso del gestore del sito nel reato di diffamazione *ex art.595,c.p.*, qualora lo stesso pur essendo a conoscenza del contenuto diffamatorio del messaggio, ne continui a consentire la permanenza sul sito senza provvedere all'immediata rimozione⁴⁴.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ritiene fondate le argomentazioni della Corte territoriale a sostegno della responsabilità del gestore del sito, in quanto risulta decisiva la ricezione di una *mail* sulla casella di posta elettronica del gestore del sito con la quale l'autore del commento denigratorio allegava il certificato penale riferito al soggetto leso.

libero di idee in una piazza virtuale. Il forum, per struttura e finalità, non è assimilabile ad una testata giornalistica e non è soggetto, pertanto, alle tutele e agli obblighi previsti dalla legge sul stampa. Non diversa deve essere la conclusione per il blog (contrazione di web log, ovvero “diario in rete”), che è una sorta di agenda personale aperta e presente in rete, contenente diversi argomenti ordinati cronologicamente. Il blogger pubblica un proprio post, vale a dire un messaggio testuale espressivo della propria opinione, e lo apre all'intervento e al commento dei lettori; oppure ospita i post di altri soggetti che vogliono esprimere la loro opinione in merito a un determinato fatto. Anche il social-network più diffuso, denominato Facebook, non è inquadrabile nel concetto di “stampa”, ma è un servizio di rete sociale, lanciato nel 2004 e basato su una piattaforma software scritta in vari linguaggi di programmazione; offre servizi di messaggistica privata ed instaura una trama di relazioni tra più persone all'interno dello stesso sistema. Altrettanto dicasi, infine, per la newsletter, che è un messaggio scritto o per immagini, diffuso periodicamente per posta elettronica e utilizzato frequentemente a scopi pubblicitari; per i newsgroup, che sono spazi virtuali in cui gruppi di utenti si trovano a discutere di argomenti di interesse comune; per la mailing list, che è un metodo di comunicazione, gestito per lo più da aziende o associazioni, che inviano, tramite posta elettronica, a una lista di destinatari interessati e iscritti informazioni utili, in ordine alle quali si esprime condivisione o si attivano discussioni e commenti”.

⁴³ Cass., Sez.U., 17 luglio 2015, n.31022 evidenzia come “un quotidiano o un periodico telematico, strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile (spesso coincidenti con quelli della pubblicazione cartacea), non può certo paragonarsi a uno qualunque dei siti web innanzi citati, in cui chiunque può inserire dei contenuti, ma assume una sua peculiare connotazione, funzionalmente coincidente con quella del giornale tradizionale, sicché appare incongruente, sul piano della ragionevolezza, ritenere che non soggiaccia alla stessa disciplina prevista per quest'ultimo”.

⁴⁴ Cass., Sez.V, 14 luglio 2016, n.54946 pronunciatasi su ricorso avverso la sentenza della Corte di Appello di Bergamo che aveva ritenuto responsabile di concorso nel reato di diffamazione ai danni del presidente della Lega Nazionale Dilettanti della Federazione Italiana Gioco Calcio, il gestore di un sito internet a seguito della pubblicazione sulla *community* del sito, di un commento lesivo dell'altrui reputazione da parte di un utente.

Tale rilievo consente di configurare una responsabilità penale in capo al gestore del sito, poiché pur essendo venuto a conoscenza della portata lesiva del fatto, ne ha consentito ugualmente la permanenza sul proprio sito senza procedere ad un'immediata rimozione dello stesso⁴⁵.

La responsabilità del gestore del sito non viene valutata in base all'omesso controllo esercitato sui messaggi presenti nella *community*, bensì per la mancata rimozione dello scritto denigratorio, nonostante la consapevolezza circa la sua illiceità.

Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di diffamazione, è necessario che il gestore abbia scientemente omesso di cancellare, anche *ex post*, i contenuti lesivi dell'altrui reputazione; qualora, invece, egli si sia prontamente attivato per la rimozione degli stessi, allora la sua condotta non sarà penalmente rilevante *ex art.* 595 c.p.⁴⁶

È intervenuta anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo in riferimento alla questione della configurabilità della responsabilità del gestore di un *blog* per i commenti offensivi pubblicati da terzi.⁴⁷

La CEDU ha respinto il ricorso sostenendo il corretto bilanciamento tra il diritto alla vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo con la libertà di espressione *ex art.* 10 della Convenzione.

Secondo la Corte Europea il gestore di un *blog* non è responsabile per i commenti diffamatori pubblicati da terzi in forma anonima. Per giungere a tale conclusione la Corte ha operato un'attenta valutazione del contesto di pubblicazione dei commenti, nonché dell'applicazione delle misure idonee a prevenire o rimuovere i commenti diffamatori da parte del gestore del *blog*, oltre che la responsabilità degli effettivi autori dell'illecito.

⁴⁵ Cass., Pen. Sez.V, 14 luglio 2016, n.54946, afferma che : “Il giudizio di responsabilità veniva pertanto formulato per l'aspetto, del tutto inesplorato in primo grado, dell'aver l'imputato mantenuto consapevolmente l'articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse l'efficacia diffamatoria che neppure il ricorrente contesta, dalla data appena indicata, allorché ne apprendeva l'esistenza, fino al successivo 14 agosto, allorché veniva eseguito il sequestro preventivo del sito; osservando inoltre la Corte d'Appello che l'invio della descritta missiva di posta elettronica smentiva la versione dell'imputato di aver saputo della presenza dell'articolo nel sito solo in conseguenza di detto sequestro”.

⁴⁶ IASELLI, *Diffamazione via internet: quando il gestore del sito è responsabile*, www.altalex.it, 2 febbraio 2017

⁴⁷ Corte Europea Diritti dell'Uomo, Sez. III , 9 marzo 2017, n.74742/14. Il caso di specie riguardava un cittadino svedese che ha presentato ricorso davanti ai giudici di Strasburgo, sostenendo una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata, in quanto i tribunali nazionali avevano respinto, in ogni grado, la sua richiesta di procedere per il reato di diffamazione nei confronti del gestore di un *blog* sul quale erano stati pubblicati commenti anonimi dove si affermava l'appartenenza del ricorrente al partito nazista.

Innanzitutto, viene evidenziata l'immediata rimozione del post sul *blog*, corredata dalle relative scuse alla persona offesa. Inoltre, viene rilevato dalla Corte come il *blog* presenti una specifica funzione di notifica di pubblicazione in riferimento a determinati tipi di commenti; tuttavia, sul sito è presente un avviso molto chiaro che sottolinea l'assenza di un controllo preventivo sui commenti pubblicati con la conseguente piena responsabilità degli utenti in relazione alle proprie dichiarazioni pubblicate sul sito.

Un atteggiamento di censura nei confronti dei commenti di terzi in rete rischierebbe di esplicare un effetto deterrente sulla libertà di espressione tramite Internet.

La Corte conferma l'impostazione adottata dai giudici nazionali in riferimento al caso di specie non ravvisando alcun tipo di responsabilità in capo al gestore del *blog* in riferimento ai commenti pubblicati da terzi anonimi, in quanto si riavvisa l'impossibilità di individuazione degli autori dell'illecito e soprattutto una condotta collaborativa del sito che si è prontamente adoperato per la loro rimozione.⁴⁸

5. Diffamazione a mezzo SMS

In materia di diffamazione a mezzo *sms*, è intervenuta una pronuncia della Cassazione⁴⁹.

Il caso di specie riguardava l'invio alla figlia dell'imputata di un *sms* lesivo della reputazione dell'altro genitore. Il Giudice di Pace l'aveva condannata per diffamazione semplice, con sentenza confermata in appello dal Tribunale di Catania. Pertanto, l'imputata ricorre in Cassazione. Tuttavia, la Corte di legittimità, annulla con rinvio la sentenza in questione.

Viene ricordato dalla Suprema Corte l'orientamento secondo cui in tema di delitti contro l'onore, l'elemento psicologico della diffamazione consiste non solo nella consapevolezza di pronunciare o di scrivere una frase lesiva dell'altrui reputazione, ma anche nella volontà che la frase denigratoria venga a conoscenza di più persone e, pertanto, è necessario che l'autore della diffamazione comunichi con almeno due persone

⁴⁸ IASELLI, *Diffamazione: gestore del blog non responsabile dei commenti se li elimina prontamente*, su www.altalex.it, 4 aprile 2017; in senso contrario altra pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo, Sez. Grande Camera, 16 giugno 2015, n. 64569/09, che ha ritenuto che dichiarare la società Delfi responsabile dei commenti fosse un'ingerenza giustificata e proporzionata nel diritto alla libertà di espressione, conseguentemente confermando la sentenza della Prima Sezione della Corte del 10 ottobre 2013 che aveva escluso che vi fosse stata la violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

⁴⁹Cass., Sez.V, 30 maggio 2014, n.22853

ovvero con una sola persona, ma con modalità tali che detta notizia venga sicuramente a conoscenza di altri ed egli si rappresenti e voglia tale evento⁵⁰.

Dunque, si ritiene possibile l'integrazione del reato di diffamazione attraverso un *sms* lesivo della reputazione altrui, anche se inviato ad una sola persona e non ad una pluralità di destinatari. Tuttavia, è necessario provare la volontà di far circolare l'*sms*, portandolo a conoscenza di terzi o comunque, di inoltrarlo in un gruppo o una *chat* aperta a più soggetti, da parte del mittente⁵¹.

In dottrina viene rilevata l'estrema difficoltà di accertamento in concreto di tal elemento a meno che non vi siano espliciti riferimenti di tale intento all'interno della frase diffamatoria⁵².

6. La diffamazione tramite Tripadvisor

TripAdvisor è un portale web di viaggi in cui vengono pubblicate le recensioni degli utenti riguardo hotel, ristoranti e attrazioni turistiche.

Ciascun utente iscritto al sito, perciò, può pubblicare la propria valutazione, in conformità alle linee guida di riferimento, ed è consentita possibilità di replica ai titolari delle attività a cui si rivolgono le singole recensioni.

In base alle recensioni, positive o negative, ricevute dalle varie attività, il sito provvede a stilare una classifica dei locali ideali da visitare, con evidenti ricadute nei confronti delle aziende recensite.

Si pone perciò il problema di accertare la veridicità o meno delle recensioni, poiché il sito non richiede alcuna prova effettiva agli utenti di essere stati realmente in un determinato locale.

TripAdvisor prima della pubblicazione delle recensioni opera un sistema di filtraggio volto all'eliminazione di quelle che appaiono palesemente non veritiere o che contengono

⁵⁰Cass., Sez.V, 13 ottobre 2010, n.36602

⁵¹ Cass., Sez.V, 30 maggio 2014, n.22853, sottolinea come il tribunale ha ritenuto del tutto evidente che l'*sms* era stato inviato ad un'unica persona, ossia la figlia della persona offesa, senza indicarne le ragioni e l'intento dell'imputata di portare a conoscenza del messaggio il destinatario delle offese e le altre persone presenti.

⁵² PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.595 ritiene che: “Si tratta, tuttavia, di un elemento difficile in concreto da provare, a meno che, ma pare davvero improbabile, non ci sia nella frase incriminata un'esplicazione di tale intento (locuzioni del tipo: “fai sapere in giro che...”, “dillo a quelli che sono con te”, “è giusto che tutti sappiano”, ecc.)”.

espressioni offensive. Inoltre, prima di procedere alla redazione della recensione, è necessario dichiarare che la stessa è frutto unicamente della propria esperienza personale e che non sussiste alcun rapporto professionale o commerciale con il recensito, né che si siano percepiti emolumenti per scriverla, dichiarando di prendere atto del fatto che *TripAdvisor* attua una politica di tolleranza zero contro le recensioni mendaci.⁵³

Si rileva come tutto ciò non sia sufficiente ad evitare il fenomeno degli *account* falsi che descrivono un'esperienza positiva per favorire un esercizio commerciale, o negativa, per danneggiarlo. Il fenomeno, però può essere temperato dall'elevato numero di recensioni relative ad alcune strutture, rendendo evidenti le recensioni pilotate. Spesso si sono verificati casi di proposte da parte degli operatori commerciali di acquisto di pacchetti di giudizi positivi sul proprio locale, ovvero di recensioni negative sui propri concorrenti. Per tali ragioni, si ritiene che l'unico sistema in grado di mitigare le conseguenze dannose di tali pratiche scorrette, sia quello di attestare l'effettiva presenza del recensore in un determinato locale, richiedendogli di fornire indicazioni circa lo scontrino, la ricevuta fiscale o il numero della fattura⁵⁴.

Le recensioni negative da parte di chi faccia credere di essere stato in un determinato luogo, lascia aperti ampi spazi per la configurabilità del reato di diffamazione. Ovviamente, recensire posti effettivamente visitati rientra nel diritto di critica, ed esclude l'integrazione del reato in parola.

Un caso portato all'attenzione dei *media* è stato quello riguardante un noto ristorante di Milano, che aveva ricevuto commenti molto pesanti anche rivolti alla clientela. Il proprietario del ristorante, stanco dei commenti negativi sul suo locale ha presentato querela, dichiarando come si trattasse di commenti falsi, scritti con il preciso intento di screditare il ristorante, in quanto postati da persone iscritte al sito lo stesso giorno al solo scopo di pubblicare tali commenti. Tuttavia, la Procura di Milano ha archiviato la querela, ritenendo che non era stato commesso alcun reato, giacché chi aveva recensito il locale era coperto dal diritto di critica, nel rispetto dei requisiti di legittimità, rilevanza sociale e continenza. L'avvocato del querelante era, invece, di contrario avviso, rilevando come i soggetti che hanno pubblicato i commenti offensivi non sarebbero stati nel ristorante, potendosi evincere dai riferimenti a piatti inesistenti sul menù e dal contrasto con le recensioni della maggior parte degli utenti che avevano giudicato il ristorante in maniera

⁵³ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.599

⁵⁴ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.599

positiva. Inoltre, l'offensività dei commenti, è riscontrabile anche nel fatto che lo stesso *Tripadvisor* si sia attivato per la rimozione di alcuni di essi.

Il Gip di Milano, in accordo con le ragioni del ristoratore ha ordinato al Pubblico Ministero di proseguire con le indagini, procedendo all'identificazione degli autori dei *post* offensivi al fine di accertare la genuinità delle informazioni.⁵⁵

Ulteriore caso è quello riguardante alcune anomalie delle recensioni di un albergo, la cui titolare insospettitasi aveva scoperto che l'autrice delle stesse aveva recensito positivamente un'altra struttura in cui era stata ospite nello stesso periodo.

Nel dubbio la titolare dell'albergo aveva contattato la struttura al fine di verificarne l'effettiva permanenza da parte dell'autrice della recensione riuscendo così ad ottenere la conferma del suo soggiorno presso quell'hotel, e non in quello oggetto della recensione negativa. L'albergatrice, dopo aver contattato personalmente l'autrice del commento, chiedendole di rimuoverlo in quanto falso e ingiurioso, a seguito della sua inerzia nel procedere alla rimozione dello stesso, si è rivolta alla polizia postale, presentando querela per il reato di diffamazione.

Indipendentemente dall'esito giudiziario delle vicende analizzate, va sottolineato che le recensioni *on line* devono essere valutate alla stregua di uno scritto su un giornale, potendo invocarsi la scriminante del diritto di critica in presenza dei requisiti della verità del fatto, pubblico interesse e continenza; viceversa, di fronte a provalazioni lesive dell'altrui reputazione, anche commerciale, si andrà incontro ad una condanna per diffamazione.⁵⁶

7. La valenza probatoria della stampa di una pagina web

La diffamazione *on line* perpetrata attraverso i mezzi di comunicazione analizzati, pone il problema concernente la possibilità di provare all'interno del processo l'esistenza di uno scritto, di un filmato o di un'immagine diffamatoria.

Risulta arduo risalire alla pagina *web* incriminata, in quanto può accadere venga cancellata subito dopo la pubblicazione del messaggio lesivo dell'altrui reputazione.

Bisogna, però, tenere ben presente che sebbene le informazioni in rete siano caratterizzate da volatilità e mutevolezza, è pur sempre possibile risalire ad esse in virtù

⁵⁵ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.599

⁵⁶ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.601

del fatto che ciò che appare cancellato su *Internet* non lo è mai.

Spesso accade che le parti lese dal reato di diffamazione facciano ricorso ad uno *screenshot*⁵⁷ della schermata di riferimento per poter provare l'esistenza della dichiarazione lesiva della propria reputazione.

L'utilizzo dello *screenshot* del messaggio diffamatorio è però oggetto di facili contestazioni, se non si è provveduto al salvataggio sul computer dell'intera pagina *html* corredata dall'indicazione dell'orario esatto del salvataggio e del *browser* utilizzato, in quanto potrà essere affermato che si tratti un fotomontaggio. Il giudice potrà incaricare la Polizia Postale di accertare la fonte di provenienza delle dichiarazioni lesive, richiedendo eventualmente ai siti di riferimento la copia delle informazioni occorrenti ai fini della verifica. Tuttavia, in difetto di contestazione, lo *screenshot* può rivelarsi uno strumento idoneo a conferire la prova necessaria ai fini processuali⁵⁸.

Occorre segnalare l'unica pronuncia rinvenibile in materia resa dalla Corte di Cassazione, che ha escluso l'efficacia probatoria della stampa di una pagina *web* nel mancato rispetto delle garanzie di rispondenza all'originale e di riferibilità ad un determinato periodo temporale⁵⁹.

Pertanto, la copia su un supporto cartaceo di una pagina *web* non rispondente all'originale e priva delle indicazioni temporali di riferimento, non assume la qualità di documento e di conseguenza va esclusa l'efficacia probatoria della medesima⁶⁰.

In dottrina si è rilevato che la produzione degli effetti probatori *ex art. 2719 c.c.* non è

⁵⁷ Il termine “*screenshot*” è definito dal *Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*, Cambridge University Press, come “*an image of what is displayed on a computer screen*”. Trattasi di un fermo-immagine, risultante dalla cattura di un'immagine dello schermo, effettuato con diverse metodologie (es. tramite il tasto “Stampa schermo”).

⁵⁸ PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.604 ss.

⁵⁹ Cass., Civ., Sez. Lav., 16 febbraio 2004, n.2912, afferma che: “*La copia di una pagina web su supporto cartaceo ha valore probatorio solo se raccolta con le dovute garanzie. Per la rispondenza all'originale e la riferibilità ad un momento ben individuato - Le informazioni tratte da una rete telematica sono per loro natura volatili e suscettibili di continua trasformazione. Va escluso che costituisca documento utile ai fini probatori una copia di pagina web su supporto cartaceo che non risulti essere stata raccolta con garanzia di rispondenza all'originale e di riferibilità a un ben individuato momento*”.

⁶⁰ PELLEGRINI, *Una pagina web come prova in giudizio?*, www.puntoinformatico.it, 5 aprile 2004, si esprime in senso critico nei confronti di tale pronuncia, specificando come sembri che la Corte abbia voluto evitare di esporsi eccessivamente sull'argomento, evidenziando l'irrilevanza della pagina *web* prodotta per determinare la propria decisione, per poi affermare che la pagina stessa, comunque, avrebbe trovato ulteriori riscontri sulla base delle altre prove prodotte: “*Questa impostazione, tuttavia, pone un dubbio: da un lato la Corte determina e massimizza le condizioni affinché una pagina web su supporto cartaceo possa costituire una prova in giudizio, dall'altro sembra legare tale valenza a condizioni ulteriori ed esterne al predetto documento, come i riscontri probatori*”.

facilmente applicabile ai contenuti telematici, per almeno tre ordini di motivi: in primo luogo, fra le tecniche di riproduzione del documento individuate dalla norma e ammesse analogicamente dalla giurisprudenza, manca la stampa da un computer; in secondo luogo, emergono le difficoltà di individuazione dell'originale; infine, in assenza di una garanzia di rispondenza all'originale e di riferibilità ad un ben individuato momento, risulta arduo considerare la copia come fedele riproduzione dell'originale ed ancorarla ad un determinato momento.⁶¹

Con l'approvazione del D.Lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale) la pagina *web* viene ricompresa nella definizione di documento informatico ai sensi dell'art.1, lett.p) quale “*rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*”.⁶²

Per l'efficacia probatoria è necessario fare riferimento all'art. 21 del citato decreto legislativo, secondo cui “*il documento informatico cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità*”.

Il Codice dell'Amministrazione Digitale ha modificato l'art. 2712 c.c. inserendo in tale norma l'espresso riferimento alle riproduzioni informatiche⁶³ e di conseguenza la

⁶¹ MONTI, *La stampa di una pagina web non costituisce prova*, 2004, www.interlex.it, ritiene che l'art. 2719 c.c., disciplinando il valore delle copie di scritture effettuate tramite la fotografia e tramite l'utilizzo di tecnologie fotostatiche e eliografiche, si propone di valorizzare tecniche di riproduzione che, eseguendo la duplicazione "in un sol colpo", escludono radicalmente qualsiasi intervento manipolatorio sul documento da copiare. Inoltre, quando vengono stampati una serie di file è difficile parlare di originale elettronico e di copia cartacea, in quanto i file si compongono di due elementi: il contenuto rappresentativo ed i parametri che consentono al computer di visualizzare il suddetto contenuto rappresentativo secondo le modalità prescelte dall'autore. Il terzo che accede al documento elettronico in questione può modificare sia il contenuto rappresentativo del documento, sia la modalità di visualizzazione. È quindi possibile avere una pluralità di versioni che rappresentano, ciascuna in modo differente, lo stesso documento elettronico. Le copie fotografiche di scritture, secondo il citato art. 2719 c.c., hanno la stessa efficacia delle autentiche "se la loro conformità con l'originale è attestata da pubblico ufficiale competente ovvero non è espressamente disconosciuta".

⁶² Sul punto PELLEGRINI, *Una pagina web come prova in giudizio?*, cit., afferma che: “*Il documento informatico, infatti, è un atto che viene "parificato", sia sotto il profilo sostanziale che processuale, al documento cartaceo in quanto corredato di specifiche caratteristiche previste dalla legge, senza tuttavia perdere la propria dimensione digitale. Tutto ciò significa che la pagina web su supporto cartaceo è la copia materiale di qualcosa di origine digitale, mentre il documento informatico è qualcosa che è e resta digitale, non ha bisogno di essere posto su supporto cartaceo per vedersi attribuita una valenza probatoria, né ci si pone il problema della riferibilità ad un momento ben individuato e della rispondenza all'originale*”.

⁶³ L'art. 2721 c.c. (Riproduzioni meccaniche) dispone che: “*Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte*

pagina web ha, quindi, assunto l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche, costituendo piena prova delle cose e dei fatti rappresentati, qualora il soggetto contro il quale viene prodotto non provveda a disconoscerlo. Tale disconoscimento, tuttavia, secondo consolidata giurisprudenza, non potrà impedire al giudice di considerare il documento informatico quale principio di prova.⁶⁴

È, quindi, necessario farsi rilasciare una copia conforme del documento informatico, su supporto cartaceo o digitale, da un notaio, un cancelliere, dal segretario comunale o dagli altri soggetti indicati dall'art.18, d.p.r. 28 dicembre 2000, n.445. Tale procedura è stata inserita nell'art.23, comma 2 *bis*, D.Lgs. 82/2005 che adatta alle peculiarità del documento informatico la tipica attività di rilascio di copie autentiche, stabilendo che le copie su supporto cartaceo di un documento informatico, valgono ad ogni effetto di legge a sostituire l'originale, solo se la conformità all'originale, in tutti i suoi elementi, è attestata da un pubblico ufficiale.⁶⁵

La copia di una pagina web, seppur certificata come conforme, non muta la sostanza del documento originario riprodotto, conservando l'efficacia probatoria della riproduzione meccanica ed essendo passibile di disconoscimento *ex art. 2712 c.c.*

La procedura di conformità, pur risultando utile al fine di raggiungere una certezza rispetto al contenuto del messaggio diffamatorio, è molto dispendiosa sia in termini economici che di energie. Risulta preferibile ricorrere alla prova testimoniale, mostrando la pagina *web* ad un soggetto terzo che potrà testimoniare in giudizio la conformità della copia della pagina *web* con l'originale.⁶⁶

non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

⁶⁴Cass., Civ., 26 gennaio 2000, n.866; Cass., Civ., 6 settembre 2001, n.11445

⁶⁵ L'art.23, comma 2-*bis* del D.Lgs. 82/2005, sancisce che: “*Le copie su supporto cartaceo di documento informatico (...) sostituiscono ad ogni effetto di legge l'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*”.

⁶⁶ PEZZELLA, *La Diffamazione*, cit., p.606 descrive dettagliatamente la procedura: “*Per quanto riguarda più precisamente la copia su supporto informatico, il notaio o il funzionario dovranno: a) eseguire la copia di tutte le informazioni visualizzate; b) apporre l'attestazione di conformità, indicando il browser utilizzato, l'ora, gli eventuali certificati di sicurezza e l'indirizzo della pagina, comprensivo di url; c) apporre la firma digitale su tutti i file ovvero associare tra loro i singoli file, esempio tramite il formato zip, quindi, apporre la firma digitale su quest'ultimo. Quanto alla copia cartacea, per ovvie ragioni, potrà essere trasposto solo un contenuto statico (e perciò, a meno che non si voglia ottenere una copia parziale, non potrà essere utilizzata, ad esempio, per le pagine web con contenuti dinamici, ad es. filmati). In tal caso, dovranno essere indicati: il sito internet; il tipo di browser utilizzato, la data e l'ora in cui la copia viene effettuata nonché i dati relativi ad eventuali certificati di sicurezza per la verifica dell'identità del sito. Nel caso in cui l'attestazione non rispetti tali formalità richieste dalla giurisprudenza, la copia avrà invece l'efficacia probatoria minima ai sensi dell'art. 2717 c.c.*”

8. *Rete e diritto all'oblio*

Il diritto all'oblio è frutto di elaborazioni dottrinarie, giurisprudenziali e principalmente delle Autorità Garanti europee e va inteso come diritto dell'individuo ad essere dimenticato, volto a salvaguardare il riserbo imposto dal tempo ad una notizia già resa di dominio pubblico.⁶⁷

Il problema del diritto all'oblio nasce in rapporto all'esercizio del diritto di cronaca giornalistica.

Un fatto privato per divenire oggetto di cronaca necessita del requisito dell'interesse pubblico alla notizia. La collettività ha diritto ad essere informata con tempestività, in modo da poter conoscere l'accaduto in tempo reale ed in maniera completa, secondo gli sviluppi gradualmente della vicenda. Una volta acquisito il fatto con completezza, cessa l'interesse pubblico alla notizia, in quanto non vi è più un interesse da soddisfare. La riproposizione dell'accadimento causerebbe soltanto un'ulteriore lesione alla reputazione dei soggetti coinvolti.⁶⁸

L'avvento di *Internet* ha profondamente modificato l'attività giornalistica, consentendo una straordinaria circolazione e diffusione di conoscenze e di opinioni. Ciò ha reso

⁶⁷ CASSANO, *Diritto dell'Internet, Manuale operativo - Casi, legislazione, giurisprudenza*, (a cura di) CASSANO – VACIAGO – SCORZA, CEDAM, 2012, p.47, individua come fondamento normativo al diritto all'oblio l'art.11, D.Lgs. n.196/2003 (Codice della *Privacy*) che prevede l'illegittimità del trattamento dei dati qualora siano conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo superiore a quello necessario agli scopi per i quali i dati siano stati raccolti o trattati. Ulteriore fondamento del diritto all'oblio può rinvenirsi nell'art.27, comma 3, Cost., che sancisce il principio della funzione rieducativa della pena: “*Ebbene la pena non potrebbe assolvere alla funzione di restituire il condannato alla società civile, se in quest'ultima rimanesse ben saldo il ricordo di quanto quel condannato ha fatto*”. Tuttavia vi sono fatti talmente gravi per i quali l'interesse pubblico alla loro riproposizione non viene mai meno.; ALESSANDRINI, *È la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, in *Giur. Mer.*, 2004, p.1047 ss. sostiene che “*l'utilità sociale della notizia deve in ogni caso andare di pari passo con l'attualità della medesima: la ripubblicazione quindi a distanza notevole di tempo di un fatto risalente, dotato all'epoca della prima divulgazione di rilevante interesse sociale, se è fatta senza alcuna giustificazione di cronaca o di esercizio del diritto di critica storica, costituisce lesione della reputazione di un individuo, non essendo configurabile un pubblico interesse alla conoscenza della stessa*”

⁶⁸ CASSANO, *Diritto dell'Internet, cit.*, p.52 Vengono citati i casi storici giurisprudenziali in cui si fa riferimento al diritto all'oblio in rapporto al diritto di cronaca, ricordando la sentenza del Tribunale di Roma del 15 maggio 1995 che in merito alla pubblicazione sul quotidiano “*Il Messaggero*” di un grave fatto di cronaca del passato in occasione di un gioco a premi ritenne che “*non costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca, per mancanza di utilità sociale della notizia, la riproduzione, nel contesto di un gioco a premi, della prima pagina di un'edizione d'epoca del quotidiano[...] in cui sia evidente un titolo contenente il nome di un individuo reo confesso di omicidio*”. Cfr. Trib. Roma, 27 novembre 1996, che afferma che l'interesse del singolo alla tutela della propria vita privata viene meno se gli accadimenti fanno parte del contesto sociale nel quale si sono verificati e su di essi non è mai stato sopito l'interesse della collettività, giustificandone la divulgazione.

estremamente difficile esercitare un controllo sulla qualità delle informazioni che vengono diffuse in rete.

Un caso di grande interesse ha riguardato le modalità di trattamento di dati personali effettuato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In tale circostanza si è cercato di contemperare il diritto all'oblio con l'obbligo di trasparenza sulle attività di organi pubblici ed i diritti di informazione dei consumatori⁶⁹.

Nel caso di specie, era stato pubblicato su un sito Internet il testo di una decisione risalente al 1996 che aveva vietato la diffusione di messaggi pubblicitari di un professionista giudicati ingannevoli.

Digitando il nome del professionista sui motori di ricerca, tra i risultati si trovava associata la decisione sfavorevole, anche se a distanza di otto anni i messaggi pubblicitari successivamente diffusi risultavano conformi alla disciplina vigente in materia.

Il Garante per la protezione dei dati personali ha preso in considerazione taluni aspetti tecnici inerenti al funzionamento dei motori di ricerca, ritenendo non praticabile la soluzione prospettata dal ricorrente volta a far sì che i nominativi degli interessati contenuti nelle decisioni pubblicate sul sito potessero essere rilevati dai motori di ricerca solo mediante l'associazione di parole chiave.⁷⁰

Ciò non riflette, però, il reale funzionamento dei motori di ricerca *standard*, che prevede la possibilità per il gestore di un sito web di escludere selettivamente alcuni contenuti dall'azione di uno o più motori di ricerca. Oggetto dell'esclusione o della limitazione di accesso resta, però, sempre la pagina web o l'insieme di pagine web o di

⁶⁹ Garante per la protezione dei dati personali, provv. 10 novembre 2004

⁷⁰ Garante per la protezione dei dati personali, 10 novembre 2004, dichiara che, dopo il decorso di un determinato periodo di tempo, la diffusione dei dati personali relativi ad una pluralità di situazioni facenti capo al medesimo soggetto interessato può comportare un sacrificio sproporzionato dei suoi diritti e interessi legittimi quando si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le finalità perseguite. A tal fine, viene riportato l'esempio delle decisioni e le sentenze dell'autorità giudiziaria, che secondo le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali possono essere rese accessibili anche attraverso Internet, ma nel rispetto di alcune specifiche cautele (art. 51, comma 2, del Codice), tra cui figura la possibilità per l'interessato di chiedere per motivi legittimi che sia apposta sull'originale del provvedimento un'annotazione volta a precludere la diffusione delle generalità e dei dati identificativi riportati nelle decisioni medesime (art. 52, comma 4). Tale cautela, tuttavia, non opera in riferimento alle decisioni delle autorità amministrative. Il Garante non condivide la proposta dei ricorrenti, riguardante la scelta selettiva delle parti dei propri documenti rilevabili dai motori di ricerca e proposte attraverso specifiche stringhe di ricerca agli utenti sul web: "ciò non riflette, però, il reale funzionamento dei motori di ricerca *standard*, intendendo con ciò quelli a maggiore diffusione, la cui azione nella fase di raccolta delle informazioni sulle pagine disponibili nel *world wide web* (fase di *grabbing* e di successiva indicizzazione) è influenzabile dal singolo amministratore di un sito web soltanto tramite la compilazione del file *robots.txt*, previsto dal "*Robots Exclusion Protocol*", o tramite l'uso del "*Robots Meta tag*". Si tratta di convenzioni concordate nella comunità Internet dai soggetti che sviluppano i protocolli, e non di *standard veri e propri*, allo stato largamente accettate nel contesto dei motori di ricerca".

link in essa contenuti, anziché singole parole chiave o specifiche clausole di ricerca. Alla luce di tali considerazioni, il Garante rileva che: “*non risulta allo stato tecnicamente praticabile la soluzione volta a far sì che i nominativi degli interessati contenuti nelle decisioni pubblicate sul sito siano rilevabili da motori di ricerca solo mediante l'associazione di più parole chiave che uniscano il nominativo dei ricorrenti alla materia trattati nei provvedimenti*”. Tuttavia, la diretta individuabilità in *Internet*, tramite motori di ricerca esterni, della decisione adottata dalla resistente nel 1996, non risulta più giustificata in rapporto alle finalità di pubblicità delle decisioni delle pubbliche autorità e di tutela dei consumatori. Viene, dunque, prescritto all'Autorità antitrust di costituire nel proprio sito web un'apposita sezione consultabile solo in seguito all'accesso allo stesso indirizzo web, sottraendone i contenuti dalla diretta individuabilità da parte dei motori di ricerca esterni e collocandovi la predetta decisione.

Di recente, la problematica del diritto all'oblio è stata affrontata anche in ambito comunitario.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata in merito al colosso dei motori di ricerca, *Google*, sancendone l'obbligo di cancellare i link a siti web di terzi a richiesta dei soggetti interessati⁷¹.

Il caso sottoposto al vaglio dei giudici di Lussemburgo riguardava un cittadino spagnolo che aveva presentato alla Agenzia spagnola di protezione dei dati un reclamo contro editore di un quotidiano largamente diffuso in Spagna, nonché contro *Google Spain* e *Google Inc.* perché, digitando il proprio nome su *Google*, l'elenco di risultati mostrava un *link* collegato alle pagine web del quotidiano, risalenti al 1998, relativamente ad una vendita all'asta di immobili organizzata a seguito di un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali nei suoi confronti.

Il soggetto interessato richiedeva quindi, che fosse ordinato all'editore e a *Google Spain* o a *Google Inc.* di eliminare o di occultare i suoi dati personali, in quanto il pignoramento effettuato nei suoi confronti era stato interamente definito da svariati anni e la menzione dello stesso era ormai priva di qualsiasi rilevanza.

Tuttavia, il reclamo nei confronti dell'editore veniva respinto, rilevando una pubblicazione legittima delle informazioni in questione; mentre quello proposto nei

⁷¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 maggio 2014, *Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos*, causa C-131/12, www.curia.europa.eu

confronti di *Google Spain* e *Google Inc.*, veniva accolto, richiedendo alle due società di adottare le misure necessarie per rimuovere i dati dai loro indici e per rendere impossibile in futuro l'accesso agli stessi.

Google Spain e *Google Inc.*, tuttavia, avevano a loro volta proposto due ricorsi dinanzi all'*Audiencia Nacional*, chiedendo l'annullamento della decisione.

Viene adita la Corte di Giustizia in riferimento alla risoluzione di alcune questioni pregiudiziali relative all'applicabilità della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali ai fornitori di servizi e al diritto all'oblio.

I giudici di Lussemburgo ritengono che il gestore di un motore di ricerca sia obbligato, su richiesta dell'interessato, a sopprimere dall'elenco di risultati che appaiono *on-line* i *link* verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative al medesimo⁷².

Inoltre, viene rilevato come un trattamento dei dati inizialmente lecito può divenire con il tempo incompatibile con la Direttiva nel caso in cui tali dati risultino inadeguati alle finalità per le quali erano stati trattati e al tempo trascorso. In tal caso, l'interessato può richiedere direttamente al motore di ricerca la deindicizzazione, facendo valere il proprio diritto all'oblio. L'informazione, dunque, permarrà nella sua sede originale ma ad essere eliminati saranno i risultati di ricerca che riportano ad essa.

Emergono le criticità sottese a tale pronuncia, in grado di colpire il motore di ricerca ma non la fonte diretta dell'informazione, non preoccupandosi di fissare i criteri esatti a cui dovranno conformarsi i motori di ricerca e le autorità competenti, al fine di valutare la preminenza dell'interesse pubblico di accesso alle informazioni di cui si richiede la cancellazione.⁷³

In conclusione è necessario evidenziare che la Commissione Europea nel 2012 ha proposto una riforma della normativa del 1995 in materia di protezione dei dati che

⁷² PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p.808 ritiene che la CGUE fondi tale obbligo in capo ai gestori di motori di ricerca sul fatto che a seguito del trattamento dei dati personali effettuato tramite il motore di ricerca, viene consentito a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva e strutturata delle informazioni relative a tale persona su Internet, reperendo informazioni personali riferite alla medesima che, in assenza del motore di ricerca, non avrebbero potuto essere connesse tra loro.

⁷³ Pezzella, *La diffamazione*, cit., p. 810, sottolinea che con tale pronuncia: “non si dice affatto che esiste un diritto a fare cancellare quello che non piace. Si può chiedere la cancellazione di un'informazione che ci riguarda e che non abbiamo piacere permanga, ma non si ha diritto di ottenerla, se non a determinate condizioni. Inoltre – ed è bene sottolinearlo – la stessa non prevede che si debbano cancellare o modificare gli archivi dei giornali”. Cfr. Trib. Roma, Sez.I, 3 dicembre 2015, n.23771 in cui vengono applicati i principi enunciati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In tal caso viene fatto prevalere il diritto di informazione sul diritto all'oblio.

contempla anche il diritto all'oblio, che sarà applicata a partire dal maggio del 2018, consentendo di poter cancellare definitivamente dal web i propri dati se non vi sono legittimi motivi per mantenerli.⁷⁴

In una società caratterizzata da rapidi cambiamenti tecnologici, l'obiettivo dell'Unione è quello di assicurare l'applicazione sistematica del diritto fondamentale alla protezione dei dati, sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rafforzando la protezione dei dati personali anche nel contrasto e prevenzione della criminalità e nelle relazioni internazionali.

La Commissione sancisce uno specifico diritto all'oblio degli utenti che potranno richiedere la cancellazione dei propri dati personali laddove non siano più necessari in relazione alle finalità per cui erano stati raccolti. Inoltre, viene sancito l'obbligo del soggetto che li ha resi pubblici di informare della richiesta di cancellazione anche gli altri soggetti che abbiano copiato le informazioni o aggiunto collegamenti ipertestuali.⁷⁵

⁷⁴ Il 25 gennaio 2012 la Commissione ha presentato un ampio pacchetto legislativo inteso a riformare la normativa dell'UE sulla protezione dei dati: *“La riforma proposta punta a proteggere i dati personali in tutta l'Unione, a rafforzare il controllo degli utenti sui propri dati e a ridurre i costi per le imprese. Il progresso tecnologico e la globalizzazione hanno radicalmente mutato le modalità di raccolta, consultazione e utilizzo dei dati personali. Inoltre, i 28 Stati membri non hanno attuato la normativa del 1995 in maniera uniforme. Un'unica legge porrà fine all'attuale frammentazione e alla gravosità degli oneri amministrativi”*. (<http://www.europarl.europa.eu>)

⁷⁵ CASSANO, *Diritto dell'Internet*, cit. p.55 rileva come la norma esplicherà i suoi effetti soprattutto in riferimento ai *social network* a cui spetterà l'onere di provare la necessità di conservazione di una determinata notizia.

BIBLIOGRAFIA

- ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Archivio Penale*, 2, 2017;
- ALESSANDRINI, *È la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2004;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. I, milano, 2008,
- ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, 2014;
- BARBIERI, *Le attività d'indagine della polizia giudiziaria su sistemi informatici e telematici*, in *Diritto dell'Internet*, 2008;
- BIRRITTERI, *Diffamazione e Facebook: la Cassazione conferma il suo indirizzo ma apre ad un'estensione analogica in malam partem sulla stampa*, www.penalecontemporaneo.it, 20 aprile 2017;
- BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2000;
- CASSANO, *Diritto dell'Internet, Manuale operativo - Casi, legislazione, giurisprudenza*, (a cura di) CASSANO VACIAGO SCORZA, CEDAM, 2012;
- CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni*, vol.III, 2014;
- CENDON, *La prova e il quantum*, 2008;
- CHINDEMI, *La diffamazione a mezzo stampa*, 2006,
- CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2000;
- CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2004,;
- CORRIAS LUCENTE, *La diffamazione a mezzo Facebook*, in www.mediallaws.eu, 25 febbraio 2013;
- D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers*, Milano, 2012;
- DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità della sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.* n.6/2016

DE NATALE, *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in GRASSO, PICOTTI, SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011;

DI BITONTO, *L'accentramento investigativo delle indagini sui reati informatici*, in *Diritto dell'internet*, 2008;

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004;

FIANDACA – MUSCO; *Diritto penale, parte speciale, Vol II , tomo I* , 2013;

FIANDACA, *È ripartibile la responsabilità penale del direttore di stampa periodica ?*, in *Giur. It.*, 1983;

FORLANI, *La conservazione preventiva di dati informatici per l'accertamento dei reati*, in *Diritto dell'Internet*, 2008;

FUMO, *La diffamazione mediatica*, 2012;

GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*; www.interlex.it, 23 novembre 1998;

GATTI, *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità Internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida al diritto*, 2010;

GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, 2013;

GULLO, *La riforma infinita*, in *Diritto Penale Contemporaneo*,1/2016;

IASELLI, *I problemi giuridici del web 2.0*, articolo rinvenibile nella sezione *Quotidiani giuridici* su www.pluris-cedam.utetgiuridica.it;

IASELLI, *Diffamazione via internet: quando il gestore del sito è responsabile*, www.altalex.it, 2 febbraio 2017;

IASELLI, *Diffamazione: gestore del blog non responsabile dei commenti se li elimina prontamente*, su www.altalex.it, 4 aprile 2017;

INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciber spazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in *Diritto penale contemporaneo*;

MACRILLÒ, *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, in *Diritto dell'Internet*, 2008

MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, 1989, p.204

MANTOVANI, *Diritto penale parte speciale, Vol I : Delitti contro la persona*, pp.190 ss;

MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992;

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;

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, II ed., 1947;

MARINUCCI DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, V ed., 2015;

MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, Nota a Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31022, in *Diritto Penale Contemporaneo*;

MELZI D'ERIL, *In tema di diffamazione via Facebook*, www.penalecontemporaneo.it, 29 gennaio 2013,

MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953;

MINASOLA, *Bloggino e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Archivio Penale*, 2013;

MINOTTI, *L'orfana figura del direttore responsabile*, in www.interlex.it, 26 giugno 2006;

MONTI, *La stampa di una pagina web non costituisce prova*, 2004, www.interlex.it;

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1947; Musco, *Stampa (reati di)*,

PACE – PETRANGELI, voce *Diritto di cronaca e critica*, ,agg. V, 2001, in *Enc. Dir*

PALAZZO PALIERO, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, a cura di G. De Vero, 2010;

PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, 2006;

PELLEGRINI, *Una pagina web come prova in giudizio?*, www.puntoinformatico.it, 5 aprile 2004;

PERON, *La diffamazione tramite mass-media*, 2006;

PEZZELLA, *La diffamazione*, 2016;

PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, *Dir. Inf*, 1999;

PICOTTI, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, 2013;

POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, 1998;

PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e responsabilità* n.6/2012;

PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Danno e resp.*, 2002;

RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2013;

SABETTA, *La responsabilità nella cultura informatica*, in www.diritto.it;

SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi*

pubblicati su un blog da lui gestito, in Giur. Mer., 2007:

SALVI, *La Corte di Cassazione sul caso Google vs Vividown: l'host provider non governa il mare magnum della rete*, 2014, reperibile su www.diritto.it;

SCOPINARO, *Internet e i delitti contro l'onore*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.* 2000;

SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, 2014;

SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto pen., VII Torino*, 2002;

SPASARI, *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)*, *Enc. Dir.*, XII, 1964;

STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1988;

STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975;

STELLATO, *I danni punitivi al varco delle Sezioni Unite*, nota del 10 marzo 2017, Altalex, www.altalex.it;

VACIAGO, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, 2012;

VERRI, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, 2013;

ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. Civ e prev.*, 1983;

ZENCOVICH RICCIUTO, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998.

LA DIFFAMAZIONE TELEMATICA, TUTELA PENALE DELLA PERSONA NEL CYBERSPAZIO

di Roberta Meli

Scheda di sintesi dei principali aspetti scientifici dell'opera – Abstract –

[Cap.I] Il primo capitolo della nostra dissertazione vuole fornire al lettore le coordinate normative e teoriche di riferimento sul reato di diffamazione, preparando così il terreno per la successiva disamina delle condotte perpetrate mediante strumenti telematici.

La rivoluzione mediatica in atto apre nuove frontiere di tutela per la diffamazione, imponendo un adeguamento delle norme per renderle al passo con i tempi. Pertanto, la continua evoluzione delle tecnologie pone il legislatore di fronte a problematiche sfide da affrontare, non consentendogli di trascurare gli emergenti beni giuridici da tutelare.

Il punto di vista privilegiato della trattazione investe la tutela penale della persona nel cyberspazio.

A tal fine è necessario analizzare il delitto di diffamazione a partire dalla disciplina codicistica, prendendo in considerazione tutti i singoli elementi che compongono la fattispecie ed evidenziando gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in *subiecta materia*, fino a giungere alle nuove prospettive di tutela, cercando di dare una risposta adeguata da parte dell'ordinamento nei confronti di condotte diffamatorie perpetrate mediante i nuovi mezzi di comunicazione.

L'inquadramento fornito si mantiene volutamente su linee generali ed istituzionali, senza pretese di approfondimento tematico.

Nell'attuale assetto ordinamentale, il bene giuridico onore trova il referente primario di tutela nell'art. 595 c.p. Appare quindi fondamentale analizzare il concetto di onore per comprenderne la latitudine semantica.

La tutela penale dell'onore garantita da titolo XII, capo II del codice penale tradizionalmente ruotava attorno alle due fattispecie, speculari, di ingiuria (art. 594 c.p.) e diffamazione (art. 595 c.p.). A seguito della depenalizzazione della prima ad opera del Decreto Legislativo 15 gennaio 2016 n. 7, il presidio penale abbraccia le sole condotte di diffamazione, che segnano oggi il limite dell'intervento penale della materia che ci occupa.

Trattasi di un oggetto di tutela che ha impegnato per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza nel tentativo di essere riempito di contenuti. Le concezioni sviluppatesi al riguardo hanno evidenziato la complessità di definire un bene giuridico dall'anima fragile ed inafferrabile a causa dell'indeterminatezza e della varietà della sua essenza. Lo scenario della tutela penale dell'onore appare ricco di contraddizioni che potranno essere sanate solo attraverso un intervento normativo illuminato.

A seguito di tale disamina preliminare del bene giuridico onore, viene trattato il reato di diffamazione nella sua forma semplice e aggravata e le cause di esclusione della punibilità.

Particolare risalto nella trattazione assume il terzo comma dell'art. 595 c.p. che si riferisce ad un ulteriore mezzo rispetto alla stampa per arrecare l'offesa, definito come “*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*”. La giurisprudenza vi fa ampio riferimento, per farvi rientrare le nuove tecnologie ed in particolare la diffusione di espressioni lesive della reputazione altrui attraverso la rete.

Dopo aver passato in rassegna gli elementi costitutivi della fattispecie di diffamazione, l'attenzione viene rivolta verso i profili sanzionatori, esaminando la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo in alcune recenti, e celebri, vicende giudiziarie.

Il caso *Sallusti*, soprattutto, ha acceso i riflettori sulla necessità di salvaguardia del ruolo che riveste la stampa, non potendo prescindere da un bilanciamento degli interessi meritevoli di tutela attraverso l'affermazione dell'essenzialità della libertà di espressione in una società democratica, che si esplica attraverso la libertà di stampa.

La pena deve conformarsi al criterio di proporzionalità, in quanto la previsione di sanzioni eccessivamente incisive può avere effetti deterrenti sulla libertà di stampa e minare l'esistenza della democrazia stessa.

Si pone dunque la questione della sostenibilità, nell'attuale contesto normativo, della pena detentiva per fatti di diffamazione, nonché della necessità di aggiornare la fattispecie alla luce del progresso tecnologico e delle più attuali forme di manifestazione criminosa.

La riforma del delitto in parola è auspicata, in dottrina, da lungo tempo e si sono succeduti vari disegni di riforma di legge, tra cui si segnala oggi il Testo unificato n. 925-B, il cui *iter*, paralizzatosi, per anni, sembra aver oggi ripreso il suo corso in commissione Giustizia del Senato della Repubblica.

Ancora più di recente è stato presentato il D.D.L. n.2688 del 2017, D.D.L. c.d. *Gambaro*, che si propone di operare un contemperamento tra la libera manifestazione del

pensiero e la responsabilizzazione della rete.

L'idea di fondo che anima la suddetta proposta legislativa è che sia necessario intervenire sull'aspetto culturale, facendo sì che gli utenti possano maturare una capacità critica tale da rendere evidente il *discrimen* tra ciò che è lecito e ciò che è illecito.

Dopo aver delineato un quadro di sintesi delle prospettive di riforma, l'analisi si sposta sul versante del risarcimento del danno con particolare riguardo all'istituto dei *punitive damages*, in seguito alla depenalizzazione dell'ingiuria ad opera del decreto legislativo del 15 gennaio 2016, n. 7, confrontandolo con quanto previsto per la diffamazione.

Da un'attenta analisi del decreto emerge la questione della natura della sanzione pecuniaria civile, prevista come sanzione accessoria rispetto al risarcimento del danno. Ci si domanda dunque, se essa assolva solo ad una funzione risarcitoria o anche afflittiva e deterrente, rimandando ai *punitive damages* tipici dei sistemi di *common law*.

L'ordinamento nazionale, invero, presenta già numerose norme con funzione sanzionatoria, come per esempio l'articolo 12 della legge 8 febbraio 1948 n.47, che in materia di diffamazione a mezzo stampa prevede il pagamento di una somma in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato. Tuttavia, si tratta di una previsione che ha avuto scarsa applicazione nella prassi.

[Cap.2] Il punto centrale della trattazione è dedicato all'approfondimento della diffamazione *on line* e delle problematiche connesse all'esigenza di offrire una copertura normativa per tutte quelle lesioni dell'altrui reputazione attuate attraverso i nuovi mezzi di comunicazione telematici.

Rivolgendo l'attenzione alle forme di manifestazione della diffamazione, emerge come il reato possa essere integrato sia per effetto di una *condotta attiva* (art. 595 c.p.), sia di una *condotta omissiva* (art. 40, cpv, 595 c.p.), qualora su un dato soggetto gravi un obbligo giuridico impeditivo della commissione del reato medesimo.

La distinzione giuridica tra condotta attiva e omissiva risulta nel nostro caso agevole, trattandosi di un illecito che, pur qualificabile in termini di evento secondo la giurisprudenza prevalente, non è a forma completamente libera: la fattispecie è costruita su una nota modale "*comunicando con più persone*" che riecheggia un contegno attivo da parte del reo, piuttosto che la violazione di un obbligo giuridico di azione. La responsabilità omissiva verrà però in rilievo, come vedremo, rispetto alla posizione di terzi rispetto all'agente, che si assumono gravati da un obbligo giuridico di impedire il fatto-

reato (v. *Cap. II § 2.1 ss.*).

L'argomento viene sviluppato a partire dall'analisi della condotta commissiva, sotto il profilo della configurabilità del reato, ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale di legittimità che ha riguardato il tema (v. *Cap. II § 1.1 ss.*).

La lesione dell'altrui reputazione realizzata attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie di comunicazione e soprattutto mediante *Internet*, ha imposto al legislatore e alla giurisprudenza di vagliarne la compatibilità rispetto alle norme vigenti in materia di diffamazione.

Dall'esame degli orientamenti giurisprudenziale emerge con chiarezza lo sforzo dei giudici di ricondurre tali condotte all'art. 595, comma 3 c.p., considerando la diffamazione a mezzo *Internet* come un'offesa recata con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

Date tali premesse ci chiediamo in quali ipotesi il mezzo di comunicazione possa qualificarsi come "mezzo di pubblicità".

La diffamazione *online* è quindi considerata un'ipotesi aggravata ex art. 595, comma 3 c.p., risultante dalla particolare diffusività del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio.

Il numero dei potenziali destinatari, perciò non qualifica il mezzo ma è il mezzo di comunicazione a racchiudere la maggiore o minore capacità diffusiva.

Tuttavia, la condotta diffamatoria può essere commessa attraverso molteplici mezzi di comunicazione dalle caratteristiche differenti. Ad avviso di chi scrive, sulla scorta di una condivisibile linea di pensiero, le differenze esistenti fra i singoli mezzi di comunicazione *on line* – in uno che le peculiarità di alcuni di essi – non consentono di stabilire che *Internet* rientri totalmente nella definizione di *mezzo di pubblicità*. Infatti, nel caso di *newsgroup* e *mailing list* il messaggio inviato può raggiungere un numero circoscritto di persone, mentre la pubblicazione di un *file* via *web* possiede più elementi in comune con la comunicazione a mezzo stampa, costituente un'ipotesi aggravata di diffamazione. Viceversa, sebbene l'utilizzo di *Internet* si differenzi dall'accesso ai *social networks*, è riscontrabile un fondamento comune in entrambe le ipotesi dato dalla particolare diffusività del mezzo informatico, potenzialmente idoneo a raggiungere una pluralità di persone, cagionando in tal modo un danno maggiore per la persona offesa. Per tali ragioni, è necessario un intervento chiarificatore del legislatore, volto a qualificare il *web* come mezzo di pubblicità o di propaganda.

In seguito viene affrontato uno dei temi più discussi in giurisprudenza e in dottrina,

attinente alla giurisdizione e alla competenza per territorio del giudice, con riferimento alla rilevazione del momento consumativo del reato (v. *Cap. II § 1.2 ss.*).

Riguardo alla consumazione del reato, in dottrina e giurisprudenza non vi è unanimità di vedute: vi è chi negando la natura di evento del reato, ritiene consumato il delitto di diffamazione attraverso l'immissione in rete dei dati, poiché la condotta è già di per sé idonea ad integrare il reato a prescindere dall'evento prodotto; in senso contrario a tale tesi, si pone chi, aderendo all'orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, ribadisce la natura di evento del reato di diffamazione, ritendendo che sia necessaria l'effettiva diffusione del messaggio e dalla percezione dello stesso da parte degli utenti che navigano sul *web*.

Il momento consumativo del reato ha notevoli riflessi nell'individuazione della giurisdizione e della competenza territoriale del giudice.

In particolare ci si è chiesti se la mera accessibilità in Italia a siti *web* esteri possa bastare a fondare la giurisdizione del giudice penale italiano.

Emergono notevoli contrasti di vedute tra chi nega la sussistenza della giurisdizione italiana, considerando la mera predisposizione del messaggio un antefatto non punibile rispetto all'immissione in rete e chi, al contrario, rifacendosi alla c.d. teoria dell'ubiquità, ravvisa la giurisdizione del giudice italiano.

La soluzione più congrua ci sembra quella sostenuta dalla giurisprudenza dominante, che afferma l'esistenza della giurisdizione italiana quando parte dell'azione o dell'evento siano realizzati in Italia.

Ulteriore questione problematica analizzata concerne l'individuazione della competenza territoriale del giudice. È ritenuto competente il giudice del luogo in cui è stata percepita l'offesa, sulla base dell'art. 8, comma 1, c.p.p., il quale radica la competenza nel luogo di consumazione del reato. Qualora l'immissione dei dati sia avvenuta all'estero, troverà applicazione la regola residuale dell'art. 9, comma 3, c.p.p. In assenza di criteri d'individuazione, la competenza per territorio per il reato di diffamazione a mezzo *Internet*, va determinata in base al luogo di domicilio dell'imputato in applicazione della regola suppletiva dell'art. 9, comma 2, c.p.p.

Passando all'esame della condotta omissiva, la configurabilità del reato in forma omissiva viene approfondita riflettendo anzitutto sulla posizione di garanzia prevista dall'articolo 40 c.p., e, in seconda battuta, sull'ipotesi di responsabilità per omesso controllo da parte del direttore di un giornale *ex art. 57 c.p.* con la correlata possibilità

di estensione della stessa anche al direttore di un periodico *on line* (v. *Cap. II § 2.1 ss.*).

La tecnica espositiva riflette la dicotomia che caratterizza il delitto in parola: vengono esaminate quindi le problematiche connesse sia alla *diffamazione a mezzo della stampa telematica*, sia alla *diffamazione on-line in senso stretto*.

Per quel che concerne la prima, l'interrogativo di fondo rimane se sia possibile, *de iure condito*, estendere ad essa le disposizioni dettate in materia di stampa cartacea, ovvero, *de iure condendo*, se detta assimilazione risulti opportuna.

Il principio di tassatività del diritto penale, esclude l'applicabilità dell'articolo 57 c.p. ai mezzi d'informazione diversi dalla stampa, non potendo assimilarsi al giornale telematico quello stampato, in conformità al divieto di analogia in *malam partem*.

La posizione giurisprudenziale, assai granitica sul punto, ha destato la preoccupazione di molti e sono state avanzate diverse proposte legislative volte ad estendere l'applicabilità dell'art. 57 al direttore del periodico telematico, confermando l'attuale insussistenza a suo carico di una responsabilità colposa per omesso controllo. Tuttavia, alcuni rilevano criticamente che la quantità di dati veicolati in rete impedirebbe qualsiasi tipo di controllo, divenendo inesigibile per il direttore della testata *on line* porre in essere le verifiche necessarie volte ad escluderne la responsabilità penale.

Tutto ciò conduce ad esaminare alcuni profili di interesse riguardanti l'equiparazione della testata giornalistica *on line* rispetto alla stampa dal punto di vista della diffamazione (v. *Cap.II § 4.1.*).

Il legislatore, prevedendo in via alternativa alla diffamazione a mezzo stampa quella arrecata tramite i nuovi strumenti di comunicazione, sembrerebbe escludere ogni tentativo di equiparazione, con la conseguente inapplicabilità della disciplina riservata al mezzo della stampa alla diffamazione perpetrata sul *web*.

La giurisprudenza di merito ha tentato di estendere la normativa in materia di stampa, specialmente con riguardo alla responsabilità del direttore del periodico *ex art. 57 c.p.*, alla diffamazione a mezzo *Internet*. Tuttavia, l'art.1 l.48/1947 porta ad escludere tale estensione, considerando *Internet* non paragonabile alla stampa, con il conseguente divieto di estensione analogica in *malam partem* della disciplina della stampa alla comunicazione telematica.

Occorre accertare anche se sussiste un obbligo di registrazione per le riviste telematiche. La legge sull'editoria impone la registrazione delle riviste informatiche a

diffusione esclusivamente telematica, estendendo la normativa sulla stampa a qualunque prodotto realizzato sia su supporto cartaceo che informatico destinato alla pubblicazione o alla diffusione con ogni mezzo, anche elettronico; ma essendo l'obbligo di registrazione previsto soltanto “*ai fini della presente legge*”, non dovrebbe potersi procedere ad un'equiparazione vera e propria tra rivista telematica e stampato. La legge 62/2001 infatti, è finalizzata a concedere delle agevolazioni fiscali all'editoria telematica e quindi l'obbligo di registrazione sarà limitato a tale scopo.

Si rileva come debba operarsi un distinguo tra l'attività di pubblicazione delle notizie comunemente svolta da una cerchia più o meno ristretta di utenti su *blog, forum, chat* ecc. e l'editoria *on line* vera e propria, sottoposta ad obbligo di registrazione e anche alla designazione di un direttore. Ne deriva che l'affidabilità che il pubblico ripone nelle notizie contenute su una testata giornalistica telematica registrata, nella moderna società dell'informazione, ben potrebbe essere assimilata a quella riposta nelle testate cartacee. Non sarebbe paradossale, dunque, fornire una interpretazione estensiva-evolutiva della disposizione che, scongiurato il rischio di applicazione analogica, rassicuri i timori giurisprudenziali connessi all'inesigibilità del controllo esperibile da parte del direttore.

Stampa cartacea e stampa telematica verrebbero ad essere assimilate solo in ipotesi di stretta condivisione di ruolo e disciplina tra le due.

Per quanto riguarda, infine, le scriminanti del diritto di cronaca, critica e satira, non vi sono ostacoli al riconoscimento delle stesse in perfette condizioni di parità rispetto alla stampa cartacea: anzitutto perché si tratta di scriminanti atipiche e non codificate, aventi portata generalizzata; secondariamente perché l'estensione, in questo caso sarebbe *in bonam partem*, in quanto le scriminanti depongono chiaramente a favore del reo.

Con riferimento alla diffamazione *on-line* in senso stretto, si pongono invece questioni di carattere sostanziale circa la responsabilità degli operatori *Internet* (in particolare dell'*Internet provider*) e di carattere procedurale circa l'identificazione del colpevole e le misure preventive esperibili da parte degli organi inquirenti.

Lo studio della responsabilità omissiva viene quindi affrontato con speciale riguardo agli emergenti profili di responsabilità degli operatori sul *web* e, in particolar modo, alla possibile concorrente responsabilità dell'ISP (*Internet Service Provider*), catalizzando l'attenzione su alcune emblematiche vicende giudiziarie, prima fra tutte la celeberrima *Google vs Vividown* (v. *Cap.II § 3.1 ss.*).

La responsabilità dell'ISP è uno degli argomenti al centro del dibattito più attuale, ed

ha coinvolto illustri civilisti e penalisti. Quanto alla nostra prospettiva di ricerca, il tema è affrontato con particolare riguardo all'obbligo giuridico di impedire il *fatto-reato* dell'offesa all'altrui onore.

L'impossibilità di identificare l'autore materiale dell'illecito ha posto il problema della configurazione di un'eventuale responsabilità in capo all'*Internet Provider*, a prescindere dalla responsabilità dell'autore effettivo dell'illecito. Appare, dunque, necessario individuare un criterio di riferimento a cui poter attingere al fine di imputare l'illecito al *provider*.

È opportuno definire in termini compiuti questa particolare figura, in quanto qualsiasi attività posta in essere in rete, non può che avvenire attraverso l'intermediazione di un *provider*, divenendo indispensabile verificare il ruolo concretamente rivestito da quest'ultimo ai fini della configurabilità o meno della responsabilità(v. *Cap.II § 3.1*).

Il legislatore comunitario è intervenuto *in subjecta materia* con la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, al fine di riequilibrare gli interessi in gioco ed istituire i principi cardine su cui basarsi.

Sulla base delle indicazioni comunitarie, è stato emanato il D. Lgs, 9 aprile 2003, n.70, di attuazione della direttiva sul c.d. *commercio elettronico*, che disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi negli articoli da 14 a 17.

I ruoli rivestiti dal *provider* vengono distinti in: attività di semplice trasporto delle informazioni, ovvero la c.d. *mere conduit*, in cui la responsabilità emergerà soltanto nei casi in cui il *provider* abbia dato origine alla trasmissione, selezionato il destinatario e modificato le informazioni trasmesse; l'attività di *caching*, ovvero la memorizzazione, automatica, intermedia e temporanea delle informazioni trasmesse, al solo scopo di assicurare il successivo inoltro ad altri destinatari, su loro richiesta, il *provider* per andare esente da responsabilità dovrà tenere un comportamento tale da non incidere sulle informazioni modificandole ed inoltre dovrà agire prontamente per rimuovere le informazioni o per rimuovere l'accesso, non appena venga a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo in cui 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; infine vi è l'attività cd. *hosting*, che consiste nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il provider non potrà andare esente da responsabilità qualora eserciti tale attività nonostante la conoscenza effettiva del fatto che l'informazione è

illecita e nonostante sia al corrente di fatti o circostanze che rendano tale illiceità manifesta.

La norma di chiusura relativa a tutte le attività del *provider* è l'articolo 17 del decreto legislativo n.70/2003 che dispone l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore di servizi in relazione alla liceità delle informazioni trasmesse o memorizzate, oltre che l'inesistenza di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Vigè dunque, il principio dell'inesigibilità che esclude la legittimità dell'introduzione di fattispecie penali proprie degli operatori telematici impositive di obblighi di controllo penalmente sanzionati sui contenuti dei dati trasmessi o immessi da terzi, ciò alla luce del principio di colpevolezza nel diritto penale *ex art.27 Cost.*

Queste prime acquisizioni vengono approfondite avendo riguardo dei principi generali che regolano la materia penale (*v. Cap.II § 3.2*).

La responsabilità del *provider* può essere commissiva o a titolo omissivo.

Partendo dalla condotta attiva, il *provider* sarà ritenuto responsabile per i contenuti illeciti dei quali è autore o a lui riconducibili in quanto ne abbia deliberato l'immissione o la trasmissione in rete. Inoltre, sarà configurabile una responsabilità a titolo di concorso quando il *provider* abbia cooperato consapevolmente alla commissione dell'illecito, fornendo accesso, attività di memorizzazione o strumenti tecnologici all'altrui reato, prima che esso giunga a consumazione. Infine, non può escludersi l'ipotesi in cui il prestatore di servizi, intervenendo su un contenuto illecito già diffuso con modifiche o con selezione dei destinatari, si renda a sua volta autore di una nuova diffusione.

Passando all'analisi della condotta omissiva, affinché possa configurarsi una responsabilità per omesso impedimento *ex art.40, cpv., cp.* è necessario verificare la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *provider*.

Tale posizione di garanzia si ritiene insussistente per i seguenti motivi: in primo luogo, non è prevista una norma che disciplini un generale obbligo di controllo degli ISP rispetto alle condotte degli utenti della rete, ma il legislatore ha esplicitamente affermato l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al *provider ex art. 17 D.Lgs. 70/2003*; in secondo luogo, non potrebbe richiedersi una verifica delle comunicazioni personali tra utenti della rete, integrando il delitto di violazione di corrispondenza di cui all'art. 616 c.p., né può fondarsi un rimprovero all'ISP facendo riferimento agli artt. 57 e 57-bis c.p., risolvendosi in un'estensione analogica in *malam partem*.

Inoltre, vige in materia il principio di inesigibilità di un controllo dell'ISP sul materiale trasmesso o memorizzato dato l'enorme flusso di dati che transitano sui *servers*.

Infine, mancano in capo all'ISP poteri impeditivi dei reati che gli utenti possono realizzare in Internet, in quanto gli articoli 14 e seguenti del D.Lgs. 70/2003 consentono al *provider* di impedire l'accesso ai dati immessi da terzi e di rimuoverli solo in seguito ad una richiesta dell'autorità ovvero quando tale materiale risulti *ictu oculi* illecito.

Pertanto, sul versante della responsabilità omissiva va sottolineata l'assenza di doveri generali di sorveglianza, di posizioni di garanzia e di obblighi giuridici di impedire la realizzazione di illeciti da parte di terzi. L'eventuale inottemperanza degli ordini delle Autorità porterà tutt'al più ad una responsabilità risarcitoria del *provider*.

In conclusione, si afferma che l'ordinamento italiano sembra ripugnare l'idea di un obbligo di controllo in capo all'ISP, non potendo sottoporre la rete ad alcun vaglio censorio preventivo, capace di minare il principio della libera manifestazione del pensiero. La normativa ribadisce la libertà della telematica e fornisce la cornice di riferimento anche per la riflessione penalistica, prefiggendosi di creare un quadro giuridico atto ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli stati membri.

In tale ottica, è necessario mantenere saldo il ruolo del diritto penale come *extrema ratio*, subordinandolo all'inadeguatezza o all'inefficacia degli strumenti di tutela civile o amministrativa.

Un *focus particolare* in prospettiva comparatistica, viene dedicato alla disciplina di altri ordinamenti giuridici europei (v. *Cap.II § 3.4*).

Dall'approccio comparatistico emerge una presa di posizione estremamente cauta degli ordinamenti stranieri, che rifiuta l'imposizione di obblighi di controllo penalmente sanzionati, ricorrendo alla sola responsabilità civile in capo ai *provider*.

Viene poi affrontato il tema delle misure cautelari reali a disposizione degli organi inquirenti, valutando l'ammissibilità del sequestro dei siti *Internet*, o l'oscuramento degli stessi, per limitare l'accesso alla pagina *web* contenente messaggi o commenti a carattere diffamatorio (v. *Cap.II § 5*).

La giurisprudenza di legittimità ammette il sequestro preventivo *ex art. 321 cod. proc. pen.* di un sito *web* o di una singola pagina telematica, ove ricorrano i presupposti del *fumus commissi delicti e del periculum in mora*, nel rispetto del principio di proporzionalità, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere

inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata.

Tale impostazione appare condivisibile, ponendosi all'avanguardia rispetto al tradizionale orientamento di dottrina e giurisprudenza che riteneva inestensibili le garanzie costituzionali previste per la stampa alle manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica. Tuttavia, il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiacerà alla normativa sulla stampa solo se ontologicamente e funzionalmente assimilabile alla pubblicazione cartacea. Da ciò ne discende che, l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *on line*, deve tenersi distinta dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo attraverso *forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list* e pagine *Facebook*.

Si prosegue poi passando in rassegna alcuni rilevanti aspetti procedurali della diffamazione *on line*, trattando delle modalità di ricerca della prova, le investigazioni, i compiti della polizia postale (v. *Cap.II § 6.1*).

[Cap.III] L'ultimo capitolo è dedicato all'analisi delle possibili prospettive di tutela per la diffamazione *on line* mediante *social network, blog, forum, chat, mailing list, newsgroup, sms, Tripadvisor* e le problematiche connesse alla responsabilità dei gestori di *blog* e *forum*.

Il *web* riveste un ruolo centrale con le sue straordinarie potenzialità diffusive e di accesso. Un tempo il lettore di giornali e periodici e l'ascoltatore di programmi diffusi via radio e televisione ricevevano le notizie in modo passivo, mentre oggi si assiste ad una sempre maggiore consultazione dei periodici *on line*, sollecitando continuamente le opinioni dei lettori sugli argomenti trattati e consentendo loro di esprimere il proprio parere in via diretta ed immediata attraverso commenti. Inoltre, vi sono pagine appositamente dedicate al dialogo con gli internauti sui *social networks, blog, chat, forum, mailing-lists e newsgroup*, che permettono la condivisione di opinioni, vicende private, immagini o filmati, rendendo i fruitori del *web* sempre più partecipi.

La disponibilità di *smartphone* e *tablet* ha provocato un vertiginoso aumento degli scambi di comunicazioni, grazie alla praticità di utilizzo, il peso esiguo, il costo accessibile ed il collegamento alla rete *wireless*. Si assiste, dunque, ad un ampliamento di contatti con il *web*, e di conseguenza con le informazioni in esso contenute, di persone di

qualunque età e condizione sociale.

Tale immenso fenomeno non può che avere notevoli ricadute in tema di diffamazione in ragione delle molteplici occasioni di lesione della reputazione che ne derivano.

La diffamazione è passibile di essere commessa attraverso *Internet*, configurando un'ipotesi aggravata della fattispecie base e ciò non può escludersi qualora l'offesa avvenga mediante i *social network*, su una bacheca *Facebook* o *Twitter* (v. *Cap. III § 2, 3*).

La diffusione del messaggio utilizzando una bacheca *Facebook*, è in grado di raggiungere un numero indeterminato di persone che attraverso tale strumento condividono le proprie esperienze di vita creando un rapporto interpersonale esteso ad un gruppo indeterminato di aderenti, con lo scopo di socializzare. Da ciò ne discende che l'uso di espressioni denigratorie integra sicuramente gli estremi della diffamazione alla luce del carattere pubblico del contesto in cui le espressioni sono manifestate, della sua conoscenza da parte di più persone e della possibile incontrollata diffusione tra gli utenti del *social network* (v. *Cap. III § 2*).

Si rinvencono quindi gli estremi del delitto di diffamazione aggravata dall'utilizzo di altro mezzo di pubblicità *ex art.595*, comma 3, c.p., non rilevando le impostazioni della *privacy* volte a restringere l'ambito di conoscibilità dei *post* pubblicati sul *social*, in quanto non è possibile stabilire la portata quantitativa degli amici tale da causare una diffusione del messaggio lesivo su larga scala.

Spetterà dunque all'interprete compiere una valutazione delle situazioni caso per caso, in attesa di un intervento mirato del legislatore volto a colmare le lacune presenti in materia.

Ulteriore problema analizzato riguarda la riconducibilità all'imputato del messaggio oggetto di doglianza, in quanto spesso accade che in rete si assista ad affermazioni anonime e furti d'identità: in tal caso è sufficiente che il soggetto la cui reputazione è lesa sia individuabile da parte di un numero limitato di persone, indipendentemente dall'indicazione nominativa.

Pertanto, sarà passibile di condanna per il reato di diffamazione colui che pur non nominando direttamente il soggetto a cui si riferisce, fornisca dei particolari utili alla sua identificazione.

In seguito viene affrontato il tema delle misure cautelari reali a disposizione degli organi inquirenti, attraverso una valutazione critica inerente l'ammissibilità del sequestro

dei siti *Internet*, o l'oscuramento degli stessi, per limitare l'accesso alla pagina web contenente messaggi o commenti a carattere diffamatorio.

In esito all'intervento delle Sezioni Unite, le garanzie della stampa vengono estese alle testate *on line* ma non a *blog, forum, newsletter, mailing list* e *Facebook*, non essendo inquadrabili nel concetto di stampa.

Il moltiplicarsi dei *blog* in *Internet* ha quindi posto il problema della configurabilità di una responsabilità in capo ai gestori degli stessi per la diffamazione commessa dai partecipanti al dibattito *on line*. Tuttavia, il *blog* non essendo considerato come stampato ai sensi dell'art.1 l.48/1947 non può sottostare alla disciplina prevista dalla stampa: l'art. 57 c.p. non è applicabile al gestore di un *blog*, poiché altrimenti si rischierebbe di violare il divieto di applicazione analogica in *malam partem*. Inoltre, non sussistendo in capo al gestore di *blog, forum et similia* alcun obbligo giuridico di impedire eventi lesivi della reputazione, non può essere chiamato a rispondere nemmeno ai sensi del combinato disposto degli artt. 595 c.p. e 40, 2° co., c.p.,

Ulteriore questione problematica analizzata riguarda l'applicabilità del sequestro previsto per la stampa alle manifestazioni del pensiero trasmesse in via telematica attraverso *blog, mailing list, chat, newsletter, email* e *newsgroup* (v. *Cap. III § 4*).

Un quesito di cui è stata investita la più recente giurisprudenza riguarda la responsabilità del gestore di un *blog* per i commenti diffamatori pubblicati da terzi in forma anonima. Ad avviso di chi scrive, non può ravvisarsi alcun tipo di responsabilità in capo al gestore di un *blog* in riferimento ai commenti pubblicati da terzi anonimi, in quanto si riavvisa l'impossibilità di individuazione degli autori dell'illecito. Un atteggiamento di censura nei confronti dei commenti di terzi in rete rischierebbe di esplicare un effetto deterrente sulla libertà di espressione tramite *Internet*. Inoltre, è necessario valutare il contesto di intervento del gestore: una condotta collaborativa del sito che si è prontamente adoperato per la loro rimozione dovrebbe valere ad escluderne la responsabilità (v. *Cap. III § 4*).

In riferimento alle pronunce che ritengono possibile l'integrazione del reato di diffamazione attraverso un *sms* lesivo della reputazione altrui, anche se inviato ad una sola persona e non ad una pluralità di destinatari, si ritiene che si tratti di un elemento di difficile accertamento in concreto, a meno che non vi siano espliciti riferimenti di tale intento all'interno della frase diffamatoria (v. *Cap. III § 5*).

Analizzando le ipotesi diffamatorie commesse mediante *Tripadvisor* emerge la

questione delle recensioni mendaci. Sul punto, si ritiene che le recensioni *on line* devono essere valutate alla stregua di uno scritto su un giornale, potendo invocarsi la scriminante del diritto di critica in presenza dei requisiti della verità del fatto, del pubblico interesse e della continenza; viceversa, di fronte a propalazioni lesive dell'altrui reputazione, anche commerciale, si andrà incontro ad una condanna per diffamazione (*v. Cap. III § 6*).

Si poi pone il problema concernente la possibilità di provare all'interno del processo l'esistenza di uno scritto, di un filmato o di un'immagine diffamatoria. In tale contesto, occorre sottolineare la valenza probatoria della stampa di una pagina *web* che costituisce piena prova delle cose e dei fatti ivi rappresentati, purché certificata come conforme all'originale da un pubblico ufficiale e sempre che il soggetto contro il quale viene prodotta non provveda a disconoscerla (*v. Cap. III § 7*).

In conclusione viene esaminato il diritto all'oblio, restando sul tappeto il quesito inerente alla necessità di un intervento volto a stabilire dopo quanti anni di distanza dai fatti possa essere esercitato il diritto dell'individuo ad ottenere la cancellazione dei propri dati (*v. Cap. III § 8*).

È necessario perciò operare un bilanciamento tra la tutela della libera manifestazione del pensiero e gli altri interessi rilevanti che potrebbero essere lesi da un esercizio sconsiderato della libertà in questione, avendo riguardo, in particolar modo, delle esigenze di tutela dell'onore, della reputazione, della dignità personale e della riservatezza sul *web*.

Si pone, dunque, per il giurista il problema di comprendere tali nuovi fenomeni, confrontandosi con un sistema normativo assai risalente e adottando la soluzione più adeguata rispetto a lesioni dell'altrui reputazione perpetrate attraverso i nuovi mezzi di comunicazione. Tuttavia, sarebbe auspicabile un intervento adeguatore del legislatore nell'ambito delle comunicazioni telematiche, che necessita oggi più che mai di regole certe.