

QUESITI

GIOVANNI PAOLO ACCINNI

Profili di responsabilità penale dell'*hosting provider* "attivo"

L'aumento vorticoso di reati commessi per mezzo dello strumento telematico rinnova istanze sociali di responsabilizzazione della rete nell'avvertita esigenza di contemperare la libertà di circolazione del pensiero con la tutela dei diritti individuali degli utenti. Il recente suicidio di una ragazza a seguito della diffusione incontrollata di un suo video *hard* tramite un noto *social network* impone in particolare la necessità di una rinnovata indagine intesa a verificare se l'attuale "statuto di irresponsabilità penale" degli *internet service provider* possa dirsi (o meno) superato in ragione della più moderna natura dei servizi di condivisione offerti *online* dai c.d. *hosting provider* "attivi". Il recente Disegno di Legge n. 2688 presentato al Senato in data 7 febbraio 2017, recante «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l'alfabetizzazione mediatica», pone peraltro in evidenza l'impraticabilità di ricorrere allo strumento penale per indurre un'evoluzione la cui essenza si riconferma per contro di natura eminentemente culturale.

The significant increase of cybercrimes urges a new effort aimed at guaranteeing a more responsible use of internet and at finding a balance between freedom of speech and protection of users' individual rights. The recent suicide of a girl after the broadcasting of her sex tape through a very famous social network demands a new analysis to understand if the principle of the internet service providers' "criminal irresponsibility" can be considered as outdated because of the modern services provided by the so-called "active" hosting provider. The recent Legislative Proposal n. 2688 submitted to the Senate in date 7th of February 2017 containing «Provisions to avoid the online information's manipulation, to guarantee the transparency of the web and to incentivize the media education» shows the uselessness of the criminal legislation to trigger a cultural evolution.

SOMMARIO: 1. Considerazioni minime in tema di responsabilità penale dell'*internet provider*: da insidiosa tendenza a non più rinviabile necessità? - 2. Le ipotesi di responsabilità omissiva dell'*internet service provider* - 2.1. L'impraticabilità del modello di incriminazione *ex art. 57 c.p.* - 2.2. L'insussistenza di una posizione di garanzia *ex art. 40, cpv., c.p.* - 3. Verso la possibilità di un concorso commissivo dell'*hosting provider* "attivo"? - 4. L'imputazione penale del *provider* nello schema della c.d. *conspiracy* nel modello statunitense - 5. Il Disegno di Legge n. 2688 presentato al Senato della Repubblica in data 7 febbraio 2017

1. Considerazioni minime in tema di responsabilità penale dell'*internet provider*: da insidiosa tendenza a non più rinviabile necessità?

La rete internet è uno strumento di comunicazione certo idoneo allo sviluppo sociale, ma anche ad un aumento delle *chances* di delinquere. Le caratteristiche di istantaneità delle comunicazioni telematiche, la loro delocalizzazione e dematerializzazione, così come la possibilità di chi vi partecipa di celarsi dietro al più completo anonimato, generano poi invariabilmente, in caso di commissione di illeciti, «la difficoltà, se non impossibilità, di identificare e

punire l'autore materiale della comunicazione»¹. In assenza di espressa tutela legislativa, l'avvertita esigenza di una maggior responsabilizzazione della rete ha indotto la giurisprudenza ad interventi talvolta sospinti oltre il consentito, con il ricorso a ricostruzioni dogmatiche non sempre scevre da profili di criticità, fino a porsi in urto con l'invalidabile limite del principio di personalità della responsabilità penale. L'episodio del drammatico suicidio di una ragazza napoletana a seguito della diffusione incontrollata di un suo video *hard* tramite il noto *social network* Facebook, in uno con il costante incremento dei delitti contro l'onore commessi attraverso i servizi di rete sociale, hanno da ultimo riposizionato il tema della responsabilità dei colossi della rete al centro del dibattito pubblico². In siffatto contesto di diffuso allarme sociale, si colloca la recente notizia di un progetto di Legge promosso dal Ministro della Giustizia tedesco con cui la Germania si appresterebbe ad imporre una "stretta" sulla diffusione di *fake news* ed odio *online* con l'imposizione di multe salatissime in capo ai *social network* come ai loro stessi gestori. In Italia è stato oggetto di presentazione al Senato in data 7 febbraio 2017 il Disegno di Legge n. 2688 recante «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica» (su cui vedi *infra*).

2. Le ipotesi di responsabilità omissiva dell'*internet service provider*

Il tema inteso a verificare se responsabile della distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione e cessione *online* di contenuti illeciti debba ritenersi il solo autore materiale della immissione in rete (ossia il *content provider*: produttore di contenuti sotto forma di testi, immagini o suoni), ovvero anche i proprietari di infrastrutture di telecomunicazione (*network providers*), i fornitori di accessi ad internet (*access providers*) o i fornitori di servizi su internet (*service providers*), è stato già ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza³. Se si

¹ SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di internet*, in *Giur. mer.*, 2004, 1922. Conf. 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 lo gestiscono?*, in *Giur. mer.*, 2004, 2524.

² La stessa Presidente della Camera dei Deputati ha avvertito l'esigenza di indirizzare una lettera aperta al Presidente ed Amministratore Delegato di Facebook, pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* in data 13 febbraio 2017.

³ In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 3 febbraio 2014, Drummon, n. 5107, in *Dir. inf.*, 2014, 225 ss.; App. Milano, 27 febbraio 2013, Drummon, in *Cass. pen.*, 2013, 3244; Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, Drummon, n. 1972, in *Giur. mer.*, 2010, 2219 ss.; Trib. Milano, 18 marzo 2004, B.G., in *Giur. mer.*, 2004, 1713 ss.; In merito alla responsabilità penale dell'amministratore di un gruppo Facebook per i commenti offensivi pubblicati da altri utenti cfr. Trib. Vallo Della Lucania, Ufficio G.I.P., 24 febbraio 2016, P.A., in *www.giurisprudenzapenale.com*. In merito alla responsabilità concorsuale

può dunque considerare dato ormai acquisito quello della configurabilità della responsabilità penale dell'*internet service provider* ogni volta in cui, nello svolgimento della propria attività, sia stato proprio quest'ultimo a violare direttamente una disposizione di legge, meno certa è la possibilità di un suo coinvolgimento per l'illecito posto in essere dall'utilizzatore del servizio (*content provider*), manifesto essendo il rischio di uno sconfinamento in responsabilità oggettive (o da posizione) in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale⁴. Dottrina e giurisprudenza si sono quindi in specifico concentrate su un'eventuale ipotesi di responsabilità omissiva dell'*internet service provider*, declinando la loro analisi secondo due direttrici principali: la prima, intesa a verificare la possibile estensione in capo all'operatore professionale di *internet* della fattispecie incriminatrice dettata dall'art. 57 c.p. per il direttore della stampa periodica; la seconda, afferente all'ipotizzabilità (o meno) in capo all'*internet service provider* di un reato omissivo improprio ex art. 40 cpv. c.p.

dell'amministratore di un *blog*, cfr. Trib. Varese, Ufficio G.I.P., 22 febbraio 2013, L.R., in www.penalecontemporaneo.it, 11 giugno 2013; Trib. Aosta, 26 maggio 2006, A., n. 533, in www.giurisprudenzapenale.com. In dottrina, cfr. *ex multis*: SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 745 ss.; PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 501 ss.; BOEZIO, D'ALESSIO, *Internet e responsabilità penali*, in VACIAGO (a cura di), *Internet e responsabilità giuridiche*, Piacenza, 2002, pp. 269 ss.; MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.*, 2010, 779 ss.; RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, in *Giur. mer.*, 2010, 1715 ss.; BEVERE, ZENO ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione di insieme*, in *Dir. inf.*, 2011, 375 ss.; SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di internet*, cit., 1922 ss.; 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 lo gestiscono?*, cit., 2525 ss.; PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano, 2016, pp. 559 ss.; DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in PICOTTI, RUGGERI, *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, pp. 50 ss.; CASSANO, BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. giur.*, 2003, 75 ss.; FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet*, Milano, 2010, pp. 417 ss.; FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in PICOTTI (a cura di) *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, pp. 423 ss.; PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Napoli, 2004, pp. 121 ss.; RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, 586 ss.; MAGNO, *Responsabilità di utenti e provider per affermazioni dal contenuto denigratorio*, in AMMIRATI (a cura di), *Internet e legge penale*, Torino, 2001, pp. 130 ss.; FRATTOLIN, *La responsabilità dei providers per contenuti pornografici a danno di minori in rete*, in CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, Milano, 2002, pp. 107 ss.

⁴ Così SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di internet*, cit., 1923.

2.1. L'impraticabilità del modello di incriminazione ex art. 57 c.p.

Quanto all'applicabilità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 57 c.p., l'esegesi ha preso le mosse da due ormai risalenti pronunce di merito⁵ che avevano ammesso la registrazione di due periodici *online* sul registro di cui all'art. 5, L. 8 febbraio 1948, n. 47 (Legge sull'editoria), di guisa che, di primo acchito, era parsa come legittima l'equiparabilità tra la stampa tradizionale ed i veicoli di informazione *online*. A siffatta equiparazione è stata tuttavia subito opposta la stessa definizione di stampa come prevista nell'art. 1 della Legge sull'editoria, rilevandosi come il trasferimento di contenuti digitali realizzato attraverso la rete internet non contenga alcuna riproduzione tipografica, né (tantomeno) sia finalizzato alla pubblicazione, atteso che, se pure in alcuni casi i contenuti digitali possano essere stampati, ciò non avviene certo in vista di una loro "pubblicazione", ma semmai per l'utilità che la stampa possa dare al singolo utente. Risultava pertanto con carattere di immediatezza come «del binomio di cui si compone il concetto di stampa (diffusione e riproduzione) difett[asserò] per la telematica entrambi gli elementi»⁶, ragione che impediva l'automatica equiparazione dei due mezzi di comunicazione di massa e conseguentemente l'estensione della disciplina amministrativa (ed *a fortiori* penale) della stampa anche al mondo digitale⁷. Né si era mancato di osservare che in capo agli *internet service provider* farebbe comunque difetto quella capacità di controllo dei contenuti che costituisce la ragione della responsabilità dei direttori di stampa periodica, venendo di fatto meno quell'esigibilità del comportamento doveroso che fonda il rimprovero ex art. 57 c.p. Invero, si è correttamente sostenuto che, laddove il direttore di stampa periodica può espletare una capillare verifica del prodotto editoriale, altrettanto non potrebbe replicarsi con riferimento ai fornitori di servizi telematici, atteso che i contenuti diffusi *online* sono non solo assai più vasti rispetto a quelli stampati, ma anche estremamente mutevoli; con la conseguenza che il loro omesso controllo non potrebbe mai venire predicato in termini di responsabilità colposa⁸.

⁵ Il riferimento è in particolare a Trib. Roma, 6 novembre 1997, Cammarata, in *Dir. inf.*, 1998, 75 ss. e Trib. Napoli, 8 agosto 1997, Cirino Pomicino S.p.a., in *Dir. inf.*, 1998, 970 ss.

⁶ Cfr. 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 lo gestiscono?*, cit., 2525; Cass. pen., Sez. V, 16 luglio 2010, B.C., n. 35511, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2011.

⁷ Cfr. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., 750. Conf. RESTA, *La responsabilità penale del provider: tra laissez faire ed obblighi di controllo*, cit., 1719 ss.

⁸ Cfr. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., 762; 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 lo gestiscono?*, cit., 2326; DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, cit., p. 56; ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione*

Gli stessi principi sono stati perciò condivisi anche dalla giurisprudenza di merito⁹ e di legittimità e definitivamente consolidatisi con la sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte pronunciatasi in punto di sequestrabilità delle testate giornalistiche *online*. Pur riconoscendo la necessità di un'«interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata del termine stampa» idonea ad equiparare la stampa online a quella tradizionale, i giudici di legittimità hanno infatti espressamente escluso che vi possano rientrare i «forum», i «blog», «Facebook», le «newsletter», le «newsgroup» e le «mailing list», potendovi venire ricondotti i soli siti internet strutturati come veri e propri giornali e dunque dotati di «una organizzazione redazionale e di un direttore responsabile»¹⁰.

2.2. L'insussistenza di una posizione di garanzia ex art. 40, cpv., c.p.

Archiviata la percorribilità di un'incriminazione ex art. 57 c.p., quanto ancora resta da riverificare è quindi l'opzione ermeneutica che vorrebbe addebitabile al *provider* una responsabilità per omesso impedimento dell'evento ex art. 40 cpv. c.p. Per vero, con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 il nostro ordinamento ha recepito la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/31/CE sul commercio elettronico, provvedendo a distinguere gli *internet service provider* in ragione della loro effettiva natura (*access provider*, *caching provider* e *hosting provider*) per stabilire livelli di responsabilità differenziate a seconda delle loro diverse capacità di incidenza rispetto alle informazioni veicolate dagli utenti. L'articolo 17 del medesimo d.lgs. ha peraltro codificato l'esclusione in capo agli *internet service provider* di qualunque obbligo di controllo preventivo rispetto ai contenuti immessi *online* dagli utenti, imponendo tuttavia (al secondo comma) una molteplicità di prescrizioni a carico

alla telematica del regime della stampa: note critiche, in *Dir. inf.*, 1998, 15 ss. Secondo RUSSO, *Internet, libertà di espressione e regole penali: spunti di riflessione a margine di una pronuncia in tema di diffamazione*, in *Foro it.*, II, 2000, 664, imporre un generale obbligo di controllo in capo agli *internet service provider* sarebbe stato come «pretendere che l'Ente Poste controlli il contenuto dei plichi e dei pacchi trasmessi per suo tramite, o la Telecom il tenore delle telefonate effettuate con le sue linee telefoniche».

⁹ Cfr. Trib. Milano, 18 marzo 2004, cit. Di tenore per vero diverso la pur successiva sentenza del Tribunale di Aosta (Trib. Aosta, 26 maggio 2006, cit.), le cui statuizioni sono state tuttavia subito riformate dal giudice del gravame che ha così testualmente ribadito come «l'applicazione analogica di una norma incriminatrice (nella specie: l'art. 57 c.p.) [all'*internet service provider*] è vietata dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al testo del codice civile; divieto che trova fondamento anche nell'art. 1 c.p. e nell'art. 25 c. 2 Cost.». Invero, «il blog, come forum e simili siti web, [...] non possono ritenersi prodotti editoriali»; cfr. App. Torino, 22 luglio 2010, A., in *www.penale.it*.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. un., 29 gennaio 2015, Sallusti, n. 31022, in *Dir. inf.*, 2015, 1041. Conf., da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 1 febbraio 2017, Manduca, n. 4873, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2017.

dello stesso *provider* finalizzate a garantire la collaborazione con l'autorità giudiziaria o amministrativa. Se è pertanto opinione condivisa che la violazione delle richiamate prescrizioni di cui al secondo comma possa determinare una contestazione a carico del *provider* a titolo di favoreggiamento *ex art.* 378 c.p., è pur tuttavia già stato chiarito come il primo comma della medesima disposizione introduca un vero e proprio principio generale secondo cui i *provider* (qualunque sia il servizio concretamente offerto) non abbiano alcun obbligo giuridico di controllo delle informazioni memorizzate o di ricerca dei contenuti illeciti diffusi loro tramite. Siffatta disposizione generale non può dunque che comportare una vera e propria «negazione di una posizione di garanzia in capo al provider capace di integrare il presupposto applicativo dell'art. 40 cpv. c.p.»¹¹. Inoltre, anche il riconoscimento di una (pur negata) posizione di garanzia impatterebbe comunque sul difetto di un nesso di causalità tra omissione ed evento. Si osserva infatti che la gran parte degli illeciti commessi in internet risulta riconducibile al *genus* dei reati a consumazione istantanea, con la conseguenza che «l'inottemperanza ad un obbligo di intervento dell'intermediario non avrebbe in ogni caso alcuna efficacia causale, posto che il reato, nel momento in cui la situazione tipica si manifesta facendo sorgere per lo stesso l'obbligo di attivarsi, sarebbe già consumato». Un'ipotetica responsabilità omissiva dell'*internet service provider* sarebbe perciò legittimamente configurabile solo nel caso in cui lo stesso, pur avendo

¹¹ PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., p. 573, che richiama 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 lo gestiscono?*, cit., 2326. In ossequio alla teoria formale dell'obbligo di impedire l'evento la dottrina si è anche domandata se l'assunzione di una posizione di garanzia da parte del *provider* non potesse trovare fondamento in una fonte contrattuale in essere tra l'utente ed il fornitore, concludendo per l'esclusione di siffatta possibilità; cfr. 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 di interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona*, Milano, 2014, p. 303. Allo stesso modo, è stato pure escluso che la posizione di garanzia potesse derivare dalla natura pretesamente pericolosa dell'attività posta in essere dall'operatore professionale di *internet*, tenuto conto che l'offerta di uno spazio *web*, l'apertura di un *link* o le altre attività tipiche dei fornitori di servizi *online* sono del tutto consentite ed in ogni caso «neutre per il diritto penale» (Trib. Milano, 18 marzo 2004, cit.). In ultimo, si è altresì già argomentato come nemmeno potrebbe considerarsi sussistente in capo al *provider* un obbligo di controllo «su una fonte di pericolo», atteso che un siffatto obbligo «presuppone necessariamente un potere di fatto «una signoria» sulla cosa, nel caso di specie difficilmente configurabile» (SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di internet*, cit., 1928). Con riferimento al tema dell'esclusione di una posizione di garanzia in capo all'*internet service provider*, cfr. anche SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., 745; PARODI, CALICE, *Responsabilità penale e internet*, Milano, 2001, pp. 35 e ss.; SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 743 ss.

la possibilità tecnica e giuridica di controllare preventivamente i dati immessi dagli utenti ed eventualmente impedirne la diffusione nella consapevolezza della natura illecita del contenuto, avesse pur tuttavia volontariamente deciso di non attivarsi «in una fase in cui l'iter consumativo del reato non si è ancora perfezionato»¹². La riconoscibilità di una posizione di garanzia in capo agli *internet service provider* è stata infine definitivamente esclusa dalla giurisprudenza nell'ormai "celebre" caso c.d. "Google-Vividown" in cui il Tribunale di Milano era stato chiamato a pronunciarsi in merito alla sussistenza di un concorso omissivo improprio di alcuni esponenti della società Google rispetto alla diffamazione realizzata in danno di un ragazzo disabile e dell'associazione Vividown¹³.

3. Verso la possibilità di un concorso commissivo dell'*hosting provider* "attivo"?

Allo stato attuale della normativa è pertanto ormai certo che una responsabilità *per omissionem* dell'*internet service provider* non sia ipotizzabile, vuoi per l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 57 c.p., che per l'assenza di diversa posizione di garanzia rilevante ex art. 40 cpv. c.p.; ovvero (ancora) per la ritenuta inesigibilità del comportamento doveroso: conclusioni che, seppur giuridicamente condivisibili, finiscono per alimentare la preoccupazione per la lamentata esistenza di uno "statuto di impunità penale" per i "colossi" del *web*, che, allorquando non violino essi stessi una disposizione di legge, non potrebbero essere mai chiamati a rispondere del pur elevatissimo numero di illeciti commessi loro tramite. L'attuale normativa (oramai risalente nel tempo) sconta perciò un evidente ritardo rispetto alla rapida evoluzione della rete ed in particolare rispetto alla realtà c.d. "web 2.0", ossia quella nuova fase di sviluppo delle reti «sempre più propensa a svilupparsi quale open source» ed

¹² SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di internet*, cit., 1928-1929.

¹³ Cfr. Trib. Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, cit. La sentenza di primo grado è commentata da MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, 1856 ss.; PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giur. mer.*, 2010, 2232 ss.; GATTI, *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *Guida dir.*, 2010, 25, 8; LOTIERZO, *Il caso Google-Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, 4003 ss.. Le statuizioni di primo grado sono state confermate dal giudice del gravame con riferimento al capo di imputazione per diffamazione (App. Milano, Sez. I penale, 27 febbraio 2013, cit.). La Suprema Corte di Cassazione ha infine ribadito come dall'esame delle disposizioni relative al regime di responsabilità degli operatori professionali di internet «emerg[er] che nessuna di esse prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un hosting provider, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito» (Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2014, cit.).

in cui i contenuti non sono più messi a disposizione dell'utente da pochi operatori tramite un numero di piattaforme di condivisione limitato, ma sono «il portato di un'attività di collaborazione degli utenti i quali divengono protagonisti nella veicolazione delle informazioni al pari dei *providers*». Insomma, come si è lucidamente osservato, «il ruolo gerarchicamente preminente in cui, fino a qualche tempo addietro, si trovavano i pochi fornitori di servizi ha ceduto il passo alla attiva partecipazione dei singoli utenti, oggi attori di rango primario sia a livello di contenuti, sia a livello di modelli operativi»¹⁴. Quanto allora merita di tornarsi a domandarsi è se la più moderna natura dei servizi offerti sia ancora compatibile con il regime di irresponsabilità penale degli *internet service provider*. La questione si pone in particolare per l'*hosting provider*, e cioè per l'operatore che offre servizi di memorizzazione duratura delle informazioni e che consente al *content provider* di pubblicare su *internet* materiale informatico mediante l'utilizzo di spazio *web* offerto con il proprio *server*. Come noto, l'attività dell'*hosting provider* è infatti disciplinata dal richiamato art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 che prevede come, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, «a condizione che detto prestatore: a. non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b. non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Pur contemplando un regime di responsabilità più penetrante rispetto a quella disciplinata dagli artt. 14 e 15 per l'*access* ed il *caching provider*, siffatta norma non ha (tuttavia) finora mai condotto ad un'affermazione di penale responsabilità penale dell'*hosting provider*, ostandovi il richiamato principio dell'assenza di obblighi di controllo dei contenuti o di ricerca proattiva di illeciti disciplinato dall'art. 17 del medesimo d.lgs. Il regime di irresponsabilità dell'*hosting provider* rappresenterebbe dunque il portato del c.d. principio di "neutralità" della rete, secondo cui il *provider* (qualunque ne sia la natura) deve rimanere un elemento (appunto) "neutro" dell'infrastruttura tecnologica e senza che possa essere obbligato ad operare nessun filtraggio dei flussi informativi che la pervadono. Il punto è pertanto che, nell'esperienza tecnica e

¹⁴ DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, cit., p. 323.

giuridica, è andata delineandosi una figura non più neutra, ma ibrida, di *hosting provider*, la cui caratteristica è cioè quella di essersi allontanato dal paradigma di *provider* passivo, mero ricettore di contenuti immessi in rete, per trasformarsi in una sorta di “manipolatore attivo” di contenuti. Detto altrimenti, se l’*hoster* “neutro” preso a riferimento dal d.lgs. n. 70 del 2003 è il semplice intermediario che si limiti a mettere a disposizione dell’utenza un protocollo di comunicazione ed uno spazio su cui allocare un contenuto, l’*hoster* “attivo” offre invece servizi aggiuntivi rispetto al mero *storage*, consistenti (ad esempio) nella possibilità di elaborazione del patrimonio informativo che si trova sulla piattaforma¹⁵. La Corte di Giustizia UE ha così potuto osservare come «dal quarantaduesimo considerando della direttiva 2000/31 risulta [...] che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione sia di ordine «meramente tecnico, automatico o passivo», con la conseguenza che detto prestatore «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». Pertanto, al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio possa essere limitata ai sensi dell’art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo che esso memorizza». La Corte ha così rimesso la predetta valutazione di “neutralità” dell’*hoster* ai giudici nazionali, ravvisando una loro migliore idoneità a valutare le specifiche caratteristiche dell’*hoster* nel singolo caso concreto¹⁶. Sul punto, la giurisprudenza italiana ha quindi assunto un atteggiamento assai ondivago nel delimitare i servizi aggiuntivi che varrebbero a mutare la natura dell’*hosting provider* da passivo ad attivo. Secondo un primo orientamento varrebbero infatti a qualificare l’*hoster* attivo servizi quali quelli di visualizzazione ed indicizzazione di contenuti multimediali immessi dagli utenti in funzione (rispettivamente) del numero delle selezioni e della parola chiave, del titolo e della categoria di appartenenza, al pari dei servizi di pubblicità as-

¹⁵ Secondo BIANCHI, *Sinistri internet. Responsabilità e risarcimento*, Milano, 2016, p. 20, integrerebbero la figura di *hoster* attivo il «motore di ricerca che indicizza file musicali (The pirate bay)»; il «motore di ricerca che indicizza anche nominativi (Google Search)»; la struttura «che ammette UCG (User generated content) e che li cataloga per voci di ricerca o per frequenza di visite ricevute (Google Video o YouTube)».

¹⁶ Cfr. Corte Giust. UE, 23 marzo 2010, Google c. Louis Vuitton, C-236/08–C-238/08. In merito all’elaborazione del concetto di *hosting provider* attivo da parte della Corte di Giustizia Europea cfr. anche Corte Giust. EU, 24 marzo 2014, UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih, C-314/12; Corte Giust. EU, 16 febbraio 2012, Sabam c. Netlog, C-360/10; Corte Giust. EU, 24 novembre 2011, Scarlet Extended c. Sabam, C-70; Corte Giust. UE, 12 luglio 2011, L’Oreal c. Ebay, C-324/09.

sociata ai contenuti immessi secondo forme personalizzate basate sulla rilevazione delle attività sui *browser* degli utenti¹⁷. In senso opposto si è invece espressa altra giurisprudenza, secondo cui, ove il prestatore del servizio non intervenga in alcun modo sul contenuto caricato dall'utente, ma si limiti a sfruttarne commercialmente la presenza sul proprio sito, dovrà esserne esclusa la natura di *hosting provider* "attivo"¹⁸. Per quanto qui di interesse vi è allora che, sia pur nella non linearità degli orientamenti giurisprudenziali, l'emergere di una nuova categoria di *hosting provider* pare dover dar adito ad almeno rinnovate riflessioni in ordine ad eventuali profili di responsabilità penale dell'*hoster* "attivo" in termini di concorso commissivo secondo le regole generali poste dall'art. 110 c.p. Attenta dottrina ha invero già evidenziato che laddove l'attività del *provider* non si limiti più a quella di mero mezzo telematico neutro e passivo, ma contempra l'approntamento di una serie «di misure tecniche o anche contrattuali finalizzate ad organizzare la gestione dei contenuti, ad es. catalogando la gestione dei video disponibili *on line*, ben potrà parlarsi di *hoster* attivo e la sua posizione riguardo ai contenuti illeciti potrebbe mutare»¹⁹. Allorquando il *provider* si inserisca in qualche modo nella divulgazione del contenuto illecito con un *quid pluris* rispetto alla mera attività di stoccaggio e messa a disposizione del materiale *online*, sarebbe infatti almeno astrattamente possibile ipotizzare un suo contributo causale alla realizzazione del fatto illecito rilevante *ex art.* 110 c.p. Invero, per la riconoscibilità di sussistenza della responsabilità concorsuale è sufficiente la sussistenza di un «comportamento atipico minimo», che, sebbene di natura meramente agevolatrice, debba pur tuttavia aver concretamente facilitato la realizzazione del reato «nel senso di averla resa più probabile, più facile o più grave». Sicché «senza la condotta il reato sarebbe stato egualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà, oppure con minore gravità»²⁰. Insomma, deve ritenersi causale anche «il fatto senza il quale non si sarebbe verificata quella data attività esecutiva che effettivamente si è verificata»²¹. Pro-

¹⁷ Cfr. Trib. Roma, Sez. IX civ., 15 luglio 2016, RTI c. Megavideo, n. 14279, in www.dirittoegiustizia.it, che ha riconosciuto la natura di *hoster* attivo della società Megavideo S.r.l. In senso analogo: Trib. Milano, Sez. imp., 7 giugno 2011, RTI c. Italia Online S.r.l., n. 7680, in www.accademia.edu.

¹⁸ Cfr. App. Milano, 7 gennaio 2015, Mediaset c. Yahoo! Italia, n. 29, in www.ilcaso.it, secondo cui va escluso che possano far mutare la natura di *hosting provider* passivo la «mera presenza di i) sofisticate tecniche di intercettazione del contenuto dei file attraverso un motore di ricerca, e ii) delle più svariate modalità di gestione del sito e iii) del particolare interesse del gestore a conseguire vantaggi economici». Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2014, cit.

¹⁹ DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, cit., p. 324.

²⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, pp. 516 ss.

²¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2000, p. 562.

prio con riferimento all'*hosting provider* attivo è stato così posto in evidenza come il suo contributo causale potrebbe essere riconosciuto come rilevante se, «inserendosi nell'*iter* esecutivo, almeno parzialmente, proseguisse quello messo in atto dall'autore primario o originario, emergendo quale indispensabile anello causale nella diffusione del contenuto illecito». Specificamente sotto il profilo causale il fatto di reato sarebbe addebitabile a tutti i concorrenti (*provider* compreso) «laddove, eliminata mentalmente la funzione di apporto del service provider al fatto di reato, esso non si sarebbe realizzato concretamente con quelle modalità»²².

La questione concerne, dunque, la possibile responsabilità penale di *social network* quali Facebook, TripAdvisor, Ebay, YouTube e degli altri gestori di spazi web aperti alla ricezione di contenuti provenienti dai rispettivi utenti. L'ipotizzato contributo causale potrebbe infatti essere ravvisato nel fatto che i predetti *internet service provider* ospitano contenuti illeciti immessi da terzi e per tal via li rendono pubblici, consentendone (*recte*: agevolandone) la percezione da parte di un numero illimitato di destinatari e conseguentemente contribuendo all'offesa arrecata al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice di volta in volta rilevante. Siffatta interpretazione parrebbe aver peraltro già trovato un qualche avallo da parte della stessa giurisprudenza di legittimità che (sia pure in sede cautelare) mostra di condividere i tratti peculiari. In particolare, la Suprema Corte ha invero testualmente riconosciuto che «se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello peer to peer) per consentire la condivisione di file, contenenti l'opera coperta dal diritto d'autore ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà già estraneo al reato». Diversamente, se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più, ossia indicizza «le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di *uploading*, sicché queste informazioni [...] anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il *downloading* di quell'opera piuttosto che di un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili sul sito, ad esempio a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate, il sito cessa di essere un mero corriere che organizza il trasporto dei dati». Siffatto *quid pluris* sarebbe pertanto qualificante in quanto capace di rendere disponibile all'utenza del sito «anche una

²² DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, cit. p. 59. Conf. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, cit., 2258.

indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento». Breve: al verificarsi di tale *quid pluris* «l'attività di trasporto dei file [...] non è più agnostica, ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore», integrando così «un apporto causale [...] che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.»²³. Quanto poi all'elemento psicologico vi è che la particolare struttura del fatto nel concorso di persone comporta che il dolo abbracci sia il fatto principale realizzato dall'autore, che il contributo causale recato dalla condotta atipica. La giurisprudenza ha quindi osservato come non appaia soddisfacente un'impostazione della responsabilità del *provider* con riferimento al dolo eventuale laddove non vi siano elementi che consentano di ricondurre alla sua «sfera di conoscibilità» una specifica attività illecita commessa per suo tramite, giacché (altrimenti) «si finirebbe per equiparare il dolo eventuale in un dolo *in re ipsa*»²⁴. Non resta perciò che domandarsi quando l'attività illecita possa essere effettivamente ricondotta alla «sfera di conoscibilità» del *provider*, dovendosi concludere che siffatta situazione sembrerebbe potersi verificare in un solo caso specifico. Si è infatti osservato come l'ingresso dell'illecito nella sfera cognitiva del *provider* potrebbe essere dimostrata agevolmente laddove il contenuto caricato dall'utente sia immediatamente riconoscibile come antiggiuridico e non presenti margini di discrezionalità nella valutazione della sua illiceità. In questo caso, una volta accertato che il contenuto illecito sia stato in qualche modo trattato dal gestore del servizio per lo svolgimento di ciascuno dei servizi aggiuntivi che valgono ad identificarlo come *hoster* attivo, sembrerebbe non potersi dubitare dell'ingresso dell'illecito nella sua sfera di conoscibilità²⁵. Al contrario, ove non si versi in ipotesi di

²³ Cass. pen., Sez. III, 23 dicembre 2009, Sunde Kolmisoppi, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, II, 136 ss. (con nota di Di Paola). Ancorché incidentalmente, negli stessi termini si era già espressa anche la richiamata sentenza resa dal Tribunale di Milano nel 2004, laddove aveva osservato che «perché si possa configurare un contributo causale all'illecito del *content provider* da parte del server occorre che quest'ultimo si sia inserito nella divulgazione del messaggio con un *quid pluris* rispetto alla sua solita attività, con una interazione con detto sito» (Trib. Milano, 18 marzo 2004, cit.). Lo stesso Tribunale civile di Roma, nella già citata sentenza del 2016, riconosciuta la natura di *hoster* attivo del sito Megavideo, aveva testualmente affermato come la condotta posta in essere dal *provider* potesse «integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 171 *ter* [legge sul diritto d'autore] in quanto la società convenuta, a chiari fini di ottenere un arricchimento patrimoniale (per come sopra visto - pubblicità - abbonamenti) diffondeva in pubblico e comunicava al pubblico opere dell'ingegno destinate al circuito televisivo ed oggetto di diritti di esclusiva» e così, pur indirettamente, riconoscendosi la rilevanza causale del comportamento dell'*hoster* che abbia divulgato il contenuto illecito (Trib. Roma, 15 luglio 2016, cit.).

²⁴ Trib. Milano, 18 marzo 2004, cit.

²⁵ In questi termini cfr. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, cit. p. 328.

manifesta illiceità del contenuto caricato dall'utente (poiché suscettibile di differenti valutazioni fattuali o giuridiche), pare doversi concludere che la sussistenza del dolo (finanche nei suoi termini di dolo eventuale) non possa essere fondatamente sostenuta, atteso che, come detto, la stragrande maggioranza degli illeciti commessi *online* è riconducibile a fattispecie di reato a consumazione istantanea²⁶. Manifesto pertanto come, anche a valorizzarsi la segnalazione di illiceità pervenuta da parte di altro utente ed a seguito della quale l'*hoster* attivo non abbia rimosso il contenuto, la consapevolezza della (pur solo denunciata) illiceità si perfezionerebbe in un momento successivo a quello della consumazione del reato, laddove il dolo di partecipazione richiederebbe (ovviamente) una rappresentazione almeno coeva alla perpetrazione dell'illecito. Una ricostruzione che non pare scalfita neppure dalla recente ordinanza resa nella nota vicenda che ha riguardato il già menzionato suicidio della ragazza napoletana ed in cui il Tribunale di Napoli ha espressamente affermato come «non sia condivisibile l'opinione [...] secondo cui sussisterebbe un obbligo di rimozione solo laddove intervenga un ordine dell'autorità piuttosto che per effetto di una conoscenza acquisita *aliunde*, magari in modo specifico e qualificato, come nel caso di denuncia del soggetto cui l'attività o l'informazione si riferisce» e (anche) che pur non essendovi «un obbligo di controllo preventivo dei contenuti presenti né una posizione di garanzia, sussiste tuttavia un obbligo successivo di attivazione di modo che la responsabilità a posteriori dell'*hosting provider* sorge per non aver ottemperato [...] a una richiesta (diffida) di rimozione dei contenuti illeciti provenienti dalla parte che assume essere titolare dei diritti [...]»²⁷. Resta infatti il fatto che l'ipotizzato obbligo di rimozione in capo al *provider* sorgerebbe (in ogni caso) in un momento successivo a quello della consumazione del reato, con la conseguenza che il suo mancato ottemperamento non potrebbe comunque venire legittimamente valorizzato per argomentare la sussistenza dell'elemento soggettivo rilevante *ex art.* 110 c.p.

²⁶ Osserva in particolare SEMINARA, La responsabilità degli operatori su internet, cit., 765, come reati quali la diffamazione, l'apologia di reato, la diffusione di materiale pedopornografico o coperto dal diritto d'autore sono tipizzati come «reati (di condotta) fondati su verbi modali come diffondere, divulgare ecc.» che «si consumano nel momento in cui i contenuti illeciti sono resi accessibili da parte del loro autore» ragione per la quale «una partecipazione del provider non [*potrebbe*] ravvisarsi né nel successivo mantenimento della disponibilità in rete di quei contenuti, né nella loro omessa cancellazione, in entrambi i casi trattandosi di condotte susseguenti la già avvenuta realizzazione del reato».

²⁷ Trib. Napoli Nord, 4 novembre 2016, Giglio c. Facebook Ireland Ltd, in *Dir. e Giust.*, 9 novembre 2016.

4. L'imputazione penale del *provider* nello schema della c.d. *conspiracy* nel modello statunitense

In ragione della natura globale delle problematiche sottese alla responsabilizzazione della rete per la diffusione capillare di internet e la conseguente globalizzazione degli scambi economici e sociali, prima di venire ad un esame del citato d.d.l. n. 2688 del 2017, pare non ultroneo un pur fugace sguardo di sintesi a quanto accade al di là dei confini nazionali, rivolgendo l'attenzione agli Stati Uniti d'America, quale luogo di nascita di internet ed in cui operano i principali *internet service provider* attivi a livello planetario²⁸. Senonché, nonostante tale significativa presenza, le Corti statunitensi non paiono essersi sino ad oggi misurate con ipotesi di responsabilità penale del *provider*, rinvenendosi invece numerosi precedenti di carattere civilistico, anch'essi orientati a discriminare il regime della responsabilità dell'*hosting provider* in ragione della sua qualificazione come *hoster* "attivo" ovvero "neutro". Per quanto di interesse, la base dogmatica di partenza seguita dalle Corti americane è stata quindi quella dei c.d. *speech-based-harms*, ossia l'elaborazione giurisprudenziale intervenuta in merito ad ogni tipologia di illecito commesso attraverso la pubblicazione di contenuti informativi sui supporti più diversi (ivi inclusa, ad esempio, la diffamazione a mezzo stampa). Secondo i principi di *common law* vigenti in materia, i differenti soggetti, a diverso titolo compartecipi della diffusione del contenuto illecito prodotto dal suo autore materiale (il c.d. *speaker*), vengono così distinti in *publisher*, *distributor* e *conduit*, al fine di ricondurre a ciascuno un regime di responsabilità differenziato in relazione all'attività concretamente svolta. Più specificamente, un soggetto è qualificabile come *publisher* quando rende accessibile al pubblico il contenuto illecito prodotto dallo *speaker*, sicché allo stesso si stima corretto potersi applicare il medesimo regime di responsabilità diretta valevole per l'autore materiale dell'illecito. Segnatamente, detta imputazione di responsabilità diretta è fondata sul presupposto che il *publisher* disponga delle capacità, possibilità e conoscenze necessarie per controllare il contenuto del materiale pubblicato; con la conseguenza che il suo omesso controllo possa comportare una sua corresponsabilità per l'illecito commesso dall'autore materiale della violazione. Diversa invece la posizione del *distributor*, identificato in colui che si limiti a distribuire un prodotto già immesso sul mercato, con la differente conseguenza che potrà essere chiamato a rispondere dell'illecito commesso dallo *speaker* solo quando risulti effettivamente a conoscenza del carattere illecito del

²⁸ NATOLI, *La tutela dell'onore e della reputazione in internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 441.

contenuto che abbia distribuito, ovvero qualora vi fossero ragioni per comprenderne in maniera agevole la natura illecita. Si tratta del c.d. *know or have reason to know standard*, secondo cui al *distributor* non è imposto di analizzare il contenuto dei prodotti distribuiti, ma resta passibile di responsabilità civile quante volte risulti effettivamente a conoscenza della loro illiceità ovvero quando vi siano elementi per poterla altrimenti desumere. Il regime di responsabilità valevole per il *distributor* risulta poi applicabile pure al *conduit*, ossia a colui che riveste la mera qualifica di intermediario nella trasmissione dei contenuti illeciti. Nondimeno, il *conduit* (a differenza del *distributor*) potrà essere esentato da qualsivoglia responsabilità laddove dimostri di avere «un dovere verso il pubblico di accettare e trasmettere messaggi»²⁹. Alla luce di siffatto regime di responsabilità differenziata vi è dunque che i primi *internet service providers* coinvolti in illeciti c.d. *speech based* abbiano (ovviamente) cercato di vedersi riconosciuta la qualifica di *distributors*, così da poter evitare di incorrere nel più penetrante regime di responsabilità prevista per il *publisher*. Importante precedente è in tal senso quello costituito dal caso *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*³⁰ in cui il *service provider* statunitense CompuServe era stato citato in giudizio per i contenuti diffamatori presenti su uno dei *forum* che metteva a disposizione degli utenti. CompuServe si era allora difeso evidenziando come la propria attività consistesse esclusivamente nel mettere a disposizione dei *forum online* che venivano poi in concreto amministrati da soggetti terzi. Lo stesso *provider* non avrebbe perciò avuto alcuna concreta possibilità di controllo sui contenuti immessi dai terzi, di guisa che la sua posizione avrebbe dovuto essere equiparata a quella di un mero *distributor*. La tesi è stata accolta dai giudici, ad avviso dei quali la presenza di un moderatore del *forum* comportava l'esclusione di qualsiasi potere/dovere di controllo da parte del *service provider* cui si doveva pertanto applicare il regime di responsabilità previsto per il *distributor*³¹. In misura parzialmente differente si è espressa la Corte di New York nel caso *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*³² in una vicenda del tutto analoga alla precedente ed in cui il *service provider* Prodigy Services è stato invece qualificato come *publi-*

²⁹ Tale circostanza si verifica (ad esempio) laddove il *conduit* svolga un servizio pubblico quale quello ricoperto dalle compagnie telegrafiche o telefoniche; cfr. *O'Brien v. Western Union Telegraph Co.*, 113 F. 2d 539 (1st Cir. 1940).

³⁰ *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135, 137 (S.D.N.Y. 1991).

³¹ Osservava altresì la Corte che l'eventuale imposizione di obblighi di controllo in capo al *service provider* avrebbe (in ogni caso) determinato un'indebita restrizione della libera circolazione delle informazioni, imponendosi pertanto una pronuncia intesa a consentire la più ampia libertà di espressione degli utenti.

³² *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

sher e, come tale, suscettibile di responsabilità diretta per i contenuti illeciti immessi dallo *user*. In particolare, la Corte ha ritenuto decisivo il controllo esercitato dal *provider* sia sui moderatori dei *forum*, sia sui relativi contenuti, attraverso l'impiego di un *software* in grado di svolgere una specifica attività di *screening* idonea a far perdere al *provider* quel carattere di neutralità tipico del mero *distributor*. La Corte ha invero implicitamente riconosciuto che un'effettiva estraneità del *provider* rispetto ai contenuti immessi dagli utenti sia predicabile solo allorché questi assuma un atteggiamento di rigida terzietà e neutralità rispetto al comportamento degli *user*, risultando predicabile un suo coinvolgimento nell'illecito quando la sua attività si caratterizzi invece per quel *quid pluris* rispetto alla mera messa a disposizione di spazi *online*. Nondimeno, è ancora da registrarsi come l'indirizzo interpretativo introdotto dalla sentenza Stratton Oakmont sia stato poi normativamente superato dall'introduzione (nel 1996) del Communications Decency Act con cui il Legislatore statunitense si è preoccupato di tenere indenni gli *internet service providers* dalle possibili responsabilità civili scaturenti dall'immissione di materiale illecito in rete da parte degli utenti. Segnatamente, la *section 230* ha introdotto una vera e propria esclusione di responsabilità civile dei *providers* per i contenuti illeciti immessi dagli utenti, prevedendo (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». Tale disposizione pare in qualche modo replicare il contenuto della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/31/CE (recepita in Italia con il più volte richiamato d.lgs. n. 70 del 2003), seppur con 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 criminale³³. Se ne ricava un apparente paradosso, atteso che se in Europa è “normata” l'irresponsabilità penale del *provider* (ben potendo lo stesso rispondere in sede civile laddove se ne rinvergono i presupposti di legge), negli Stati Uniti è al contrario codificata la sua irresponsabilità civile, laddove nulla è per contro previsto in punto di possibile corresponsabilità penale per i crimini commessi dagli utenti. Cionondimeno, non consta la pendenza di procedimenti penali pendenti negli Stati Uniti a carico di *internet service provider*, con l'unica, ma rilevante, eccezione costituita dal noto procedimento penale

³³ L'inapplicabilità del *Communications Decency Act* alla materia penale è espressamente contemplata alla lettera e) della *section 230*.

concernente l'*hosting provider* Megaupload ed i suoi amministratori. Come emerge dall'imputazione cristallizzata nel rinvio a giudizio disposto dalla Corte della Virginia, agli imputati si contesta (ai sensi della *section 371* del *title 18* dello U.S. Code) il concorso criminoso (sotto forma di induzione) con alcuni utenti del sito per aver ripetutamente caricato e distribuito commercialmente al pubblico materiali protetti dal diritto d'autore. Secondo l'Accusa l'*hosting provider* avrebbe in specifico apportato un contributo causale rilevante alla commissione degli illeciti commessi dagli utenti, consistente nell'aver agevolato la memorizzazione di opere o materiale coperto da diritto d'autore e di cui era reso possibile il *download* su larga scala attraverso la predisposizione di *link*. Dal punto di vista dell'elemento psicologico è stata ritenuta decisiva sia la consapevolezza da parte di Megaupload della natura protetta dei materiali memorizzati, sia l'induzione degli utenti a perpetrare le condotte criminali, resa manifesta dal fatto che ciascun *uploader* veniva retribuito in relazione alla quantità di materiale caricato. Pur nell'attesa di una decisione definitiva, emerge intanto come anche la magistratura statunitense abbia ritenuto possibile strutturare l'imputazione penale del *provider* sullo schema della c.d. *conspiracy*, ossia del concorso commissivo nel reato commesso dagli utenti in ragione del contributo causale apportato dal *provider*.

5. Il Disegno di Legge n. 2688 presentato al Senato della Repubblica in data 7 febbraio 2017

Sul versante italiano, un primo tentativo verso una maggiore "civiltà della rete" è stato mosso dal già menzionato d.d.l. n. 2688 del 2017 (c.d. "d.d.l. Gambaro"), che, sebbene non scevro da significative criticità dal punto di vista tecnico-giuridico, ha il merito di ricercare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e responsabilizzazione della rete, nella presa di coscienza che «internet ha sì ampliato i confini della nostra libertà dandoci la possibilità di esprimersi su scala mondiale, ma la libertà di espressione non può trasformarsi semplicemente in un sinonimo di totale mancanza di controllo, laddove controllo, nell'ambito dell'informazione, vuol dire una notizia corretta a tutela degli utenti»³⁴. Un fine tanto ambizioso denuncia tuttavia subito i propri limiti metodologici, al momento in cui si ricorre allo strumento penale per indurre un'evoluzione la cui essenza è di natura eminentemente culturale. L'aspetto realmente positivo si rivela quindi essere la sola proposta (avanzata all'art. 6 del richiamato d.d.l.) di introdurre programmi di formazione volti a promuovere un uso critico della rete nel tentativo di dotare gli studenti di una

³⁴ Cfr. Relazione introduttiva al d.d.l. n. 2688 del 2017, pp. 1-4, *passim*.

reale capacità di discernimento critico rispetto alla verità delle informazioni veicolate *online*. Il merito di siffatta disposizione è infatti quello di comprendere come il primo vero limite all'utilizzo arbitrario della rete sia (appunto) di natura culturale, risultando pertanto imprescindibile il contributo attivo della capacità del discernimento critico degli utenti per smascherare notizie false o scorrette o per denunciare gli illeciti posti in essere in danno delle "vittime del *web*", in modo da favorire un processo di responsabilizzazione endogena della rete. Sul piano più strettamente politico-criminale sono invece numerose le perplessità che desta l'introduzione dell'obbligo di comunicare (via posta elettronica certificata) i dati fondamentali di ogni nuova piattaforma elettronica e dei suoi amministratori alla Sezione per la stampa e l'informazione del Tribunale territorialmente competente: un tentativo volto a ridurre la difficoltà di accertamento degli autori di illeciti commessi sulla rete ed a responsabilizzarne indirettamente l'operato, ma che non pare votato a concretezza di successo. Invero, siffatto strumento di preteso controllo si appalesa come anacronistico (emulando blandamente le forme di registrazione previste per le testate giornalistiche) e di difficile attuazione pratica, attesa pure l'assenza di sanzioni per la mancata osservanza dello stesso obbligo di comunicazione. Inoltre, perfino ove effettivamente rispettato, siffatto obbligo di comunicazione renderebbe (al più) identificabili i soli amministratori delle piattaforme *web* e non già gli autori materiali e diretti della divulgazione illecita, rivelandosi così arma assai poco affilata per un più efficace taglio repressivo del crimine cibernetico³⁵. Il vero *punctum dolens* pare però rappresentato più in specifico dal ricorso alle fattispecie incriminatrici contemplate dagli artt. 1, 2 e 7 del testo in commento, per manifesta carenza di tassatività e determinatezza (*in primis*) della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 1 del citato d.d.l. con cui si vorrebbe introdurre nel codice penale l'art. 656-*bis*: una disposizione con cui si intenderebbe sanzionare a titolo contravvenzionale (con l'ammenda fino a euro 5.000) chiunque pubblici o diffonda «notizie false, esagerate e tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi» attraverso i *social media* o altri siti che non siano espressione di giornalismo *online*. L'utilizzo di locuzioni di così ampia latitudine, quali (appunto) «false, esagerate e tendenziose», in relazione a «dati o fatti manifestamente infondati o falsi» pone già di per sé non pochi problemi interpretativi in termini non solo di coerenza terminologica interna, ma anche di effettivo rispetto dei principi di

³⁵ Sotto questo profilo occorre pure sottolineare come l'obbligo di comunicazione graverebbe sui soli siti *web* regolati dalla legislazione italiana e non su quelli esteri che pure, a ben vedere, costituiscono la maggior parte di quelli operanti nel nostro Paese.

determinatezza e tassatività. In altre parole, la fatica di muoversi nella labile sfera dell'impalpabilità dell'opinabile finisce per essere fisiologicamente incompatibile con i canoni fondamentali che disciplinano il diritto penale. Lo stesso ricorso all'avverbio "manifestamente" non contribuisce a diradare la nebulosità dei contorni della fattispecie che resta pertanto esposta ad eccessivi margini di discrezionalità nella sua concreta applicazione. L'errore di fondo pare invero quello di individuare, quale parametro fondante del penalmente rilevante, la devianza dalla verità, postulandosi quindi l'esistenza (in tutti i casi) di verità assolute ed inconfutabili³⁶: una prospettiva che certo non coglie quella che è l'essenza della "realtà mediatica" caratterizzata dal prevalere di opinioni insuscettibili di essere giudicate in termini di manifesta infondatezza o falsità.

Non meno negativo quindi anche il giudizio sull'ipotizzata introduzione del reato di diffusione di notizie false che possano destare pubblico allarme, fuorviare settori dell'opinione pubblica o avere ad oggetto campagne d'odio e campagne volte a minare il processo democratico (contemplata dall'art. 2 del richiamato d.d.l.). Non fosse che non è nemmeno chiaro se si intenderebbe introdurre un delitto ovvero una contravvenzione, atteso che l'apparato sanzionatorio previsto dal citato articolo 2 si compone indistintamente di «reclusione» ed «ammenda», facendo dunque rinvio a due categorie di illecito penale tra loro profondamente diverse ed incompatibili³⁷.

Con specifico riferimento alla tematica della possibile corresponsabilizzazione degli *internet service provider* in caso di pubblicazione o diffusione di notizie non attendibili o non veritiere, non si può poi che tornare a stigmatizzare co-

³⁶ Cfr. SEMINARA, Relazione presentata al convegno «"Realtà" mediatica, metodo scientifico e metodo giudiziario: quale "verità" comunicare?» tenutosi presso l'Università IULM di Milano in data 11 maggio 2017 e disponibile su www.radioradicale.it.

³⁷ A ciò si aggiunga che il nuovo art. 256-bis c.p. individuerrebbe gli eventi di pericolo nel «pubblico allarme», nel «nocumento agli interessi pubblici» e nel «fuorviare settori dell'opinione pubblica». Atteso perciò che la nozione di «pubblico allarme» non pare poter essere mutuata dalla diversa fattispecie di cui all'art. 658 c.p. (che come noto individua specificamente i soggetti passivi della condotta nell'Autorità, in enti o persone che prestano un pubblico servizio, circoscrivendo così a sufficienza l'oggetto materiale del reato) non si comprende davvero come la stessa potrebbe essere ritenuta rispettosa del principio di legalità, potendovi rientrare una serie certo sterminata ed indeterminabile di accadimenti anche assai diversi tra loro. Conclusioni del resto non dissimili valgono poi anche quanto agli «interessi pubblici» ed alla «pubblica opinione», con l'ulteriore corollario che si tratta di concetti addirittura mutevoli nel tempo, e, come tali, ontologicamente inidonei a costituire l'oggetto materiale di una condotta penalmente rilevante.

me il disposto dell'art. 7 del citato d.d.l.³⁸ non paia tenere in debito conto il pur cospicuo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in questi anni. Basti osservare quanto la nuova fattispecie incriminatrice intenderebbe introdurre in capo ai *provider*, ossia quel medesimo dovere di costante monitoraggio dei contenuti già ritenuto manifestamente inesigibile dalla dottrina e dalla giurisprudenza, profilandosi perciò il concreto rischio che la nuova disposizione, quand'anche approvata, si riveli di fatto inoperante poiché "eretta" su un comportamento doveroso già riconosciuto come inesigibile. L'estrema labilità su cui dovrebbe poter riposare la disposizione in commento risulta così oltremodo manifesta a considerarsi che la stessa contempla un obbligo di rimozione, penalmente sanzionato, in capo ad un soggetto (appunto il *provider*) privo di una posizione di garanzia codificata e che pure dovrebbe essere esercitato in un lasso temporale non meglio individuato. Infine, ancor più critico risulta il giudizio sulla proposta di delegare integralmente ai gestori delle piattaforme informatiche il compito di stabilire l'attendibilità e la veridicità o meno dei contenuti diffusi *online*. Ancorché la norma valorizzi le segnalazioni provenienti dagli utenti, è chiaro che l'odierno dettato normativo rischi, da un lato, di elevare i *provider* (espressione di società private) a novelli "censori" della libertà di espressione in assenza di qualsivoglia legittimazione di carattere politico e in aperto contrasto al dettato costituzionale; dall'altro lato, di trasformarli in "capri espiatori" di ogni informazione "non veritiera" veicolata tramite il *web*: due prospettive tra loro agli antipodi, ma accomunate da identici profili di iniquità. Se il principale merito del "d.d.l. Gambaro" resta dunque quello di un ancor embrionale sforzo inteso alla formazione di una cultura etica condivisa della "rete", si fatica a non denunciare la sua concreta inadeguatezza metodologica. 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 sistema³⁹ e quindi riconosciute come vincolanti non in ragione di un censura-

³⁸ Con cui si vorrebbero estendere le sanzioni già richiamate di cui al "nuovo" art. 656-*bis* c.p. al *provider* che non rimuova contenuti non attendibili e non veridici.

³⁹ Il riferimento è in particolare alle recentissime iniziative promosse da due colossi della rete, Google e Facebook, con cui (rispettivamente) verrebbe (da un lato) affidato a soggetti istituzionali autorevoli e terzi il compito di verificare l'attendibilità delle notizie apponendo l'etichetta "*Fact Check*" e (dall'altro lato) assegnato una sorta di "bollino rosso" alle notizie oggetto di contestazione. L'iniziativa di Facebook prevederebbe inoltre la pubblicazione di articoli correlati alla potenziale notizia falsa in modo da consentire all'utente il confronto tra vari punti di vista e dunque di ottenere un'informazione maggiormente verificata.

bile (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.