
ADELMO MANNA

I SOGGETTI IN POSIZIONE DI GARANZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'esclusione di una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, *ex art. 40, cpv., c.p.*, in relazione al delitto di diffamazione, a carico dell'*internet provider* e l'influenza della direttiva 2000/31/CE sull'*e-commerce*, attuata con il D.Lgs. n. 70 del 2003. — 3. L'affermazione, invece, della responsabilità penale dell'*internet provider* per il reato di trattamento illecito dei dati personali, sotto il profilo dell'omissione di una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento dei dati sensibili: notazioni introduttive e *ratio* della decisione in commento. — 4. (*segue*) Configurabilità o no dell'art. 167, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a livello omissivo. — 5. Possibilità di trasformare il reato *de quo* in reato commissivo mediante omissione ed il rispetto del principio di correlazione tra sentenza ed accusa. — 6. Il trattamento illecito di dati personali è un reato causalmente orientato? — 7. L'ipotizzata posizione di garanzia dell'*internet provider* e l'obbligo giuridico di impedire l'evento che, nel caso specifico, diventa il reato. — 8. Configurabilità, o no, del dolo eventuale nella fattispecie di cui all'art. 167 D.Lgs. n. 196. — 9. Conclusioni finali, sia con riferimento a quelle dell'estensore della sentenza, sia con riguardo ai modelli ipotizzabili di concorso dell'*internet provider*, a livello attivo, oppure omissivo.

I. INTRODUZIONE.

Le considerazioni che seguono riguardano, più in generale, la tematica relativa ad una eventuale responsabilità penale dell'*internet provider*, cioè a dire il gestore di una rete telematica, laddove vengano immessi in rete materiali penalmente rilevanti. In linea teorica due modelli sono astrattamente configurabili, ovvero sia uno a livello di condotta attiva, nel senso che sarà responsabile penalmente l'*internet provider* solo laddove si dimostri che costui abbia attivamente agevolato l'inserimento in rete del materiale in oggetto, evidentemente d'intesa con colui il quale materialmente lo

* Testo, riveduto e corretto, e con l'aggiunta delle note della relazione all'Incontro di Studi: « *Il futuro della responsabilità sulla Rete - quali regole dopo la sentenza sul caso Google/Vivi Down* », orga-

nizzato dalla Università di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010. La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, 474.

ha inserito. Questo primo modello, se è sicuramente quello più garantista, tuttavia risulta quello di maggiore difficoltà probatoria, in quanto non è affatto agevole soprattutto dimostrare un accordo tra il gestore di rete e colui che ha immesso in rete il materiale penalmente rilevante.

Un secondo modello, che è poi quello che attiene più specificamente alle nostre considerazioni, riguarda una responsabilità penale a livello omissivo dell'*internet provider*, nel senso che non è necessario dimostrare un previo accordo nella prospettiva da ultima menzionata, giacché è sufficiente che si dimostri che il *provider* non ha controllato l'immissione in rete del materiale in oggetto, così rendendosi penalmente responsabile del reato specifico commesso da colui che ha immesso in rete il materiale, ma ex art. 40, cpv., c.p., cioè a dire per omesso impedimento dell'evento. Se quest'ultimo modello è senz'altro più agevole del primo a livello probatorio, incontra tuttavia il limite a livello soggettivo, in quanto è oltremodo problematico per il gestore di rete conoscere previamente le caratteristiche dei materiali immessi in rete e dunque poterne impedire l'immissione¹. In questo panorama si inserisce la recente sentenza del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010, più nota come relativa alla vicenda *Google v. Vivi Down* ed altro, che costituisce un vero e proprio *leading case*, in quanto, se si eccettua una sentenza recente della Cassazione, ma in materia di sequestro preventivo di un sito *web*, quindi di carattere interinale², è quella che per la prima volta in Italia ha affermato la responsabilità penale di un *internet provider*, a livello omissivo, per violazione dell'art. 167 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, meglio noto come codice in materia di protezione dei dati personali, mentre è stata esclusa una responsabilità, per omesso impedimento dell'evento, sempre del *provider*, in relazione al delitto di diffamazione.

Questa è, dunque, anche la ragione per cui la sentenza che costituisce oggetto precipuo anche di questo convegno risulta già pubblicata in alcune riviste³, anche perché, come si potrà constatare nel prosieguo, adotta una soluzione invero originale, che tuttavia ha già suscitato non poche riserve⁴.

¹ Su tali argomenti, da ultimo, e con una chiara propensione per il primo modello, ALBAMONTE E., *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. Giust.*, 2010, n. 3, 184 ss.

² Cass. Sez. III penale, 29 settembre 2009, n. 49437, ric. P.M. in c. Sunde Kolmisoppi ed altri, in *Foro it.*, 2010, II, 136 ss., con nota di Di Paola.

³ Cfr. Trib. Milano, Sez. IV penale, 24 febbraio 2010-12 aprile 2010, n. 1972, Giud. Magi, Drummond ed altri in *Foro*

it., 2010, II, 279 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI; nonché in *Guida al Diritto*, n. 25, 19 giugno 2010, 9 ss., con commento di GATTI S., *Con la polarizzazione su libertà e responsabilità internet ancora alla ricerca di regole condivise*, in *ibid.*, 8; nonché di MELZI D'ERIL-VICEVANI, *Nelle motivazioni di condanna della sentenza violazione della privacy per mancato consenso*, in *ibid.*, 20 ss.; nonché infine in *Quest. Giust.*, 2010, n. 3, 189 ss.

⁴ Sia sul punto consentito il rinvio a MANNA, *La prima affermazione, a livello*

L'importanza di questo caso giurisprudenziale la si può ricavare altresì dal fatto, in vero inusuale, che questa rivista ha ritenuto di pubblicare anche il decreto di citazione a giudizio da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano⁵.

Detta Procura ha, però, richiesto a quest'ultima rivista una rettifica, ex art. 8, legge n. 47/1948 sulla stampa, in quanto erroneamente era stato pubblicato il decreto di citazione senza fare riferimento, oltre che all'Associazione Vivi Down, anche al soggetto persona fisica che era stato diffamato ed al quale non era stato richiesto il consenso per il trattamento dei dati personali, relativamente all'inserimento in rete del messaggio ritenuto penalmente rilevante⁶.

Per intendere appieno il significato di questa, invero, innovativa sentenza, bisogna in primo luogo tener conto che essa si inquadra, almeno a nostro avviso, nel delicato rapporto sussistente tra diritto e tecnica, nel senso che, soprattutto in materia di calcolatori elettronici e, quindi, del mondo di *internet*, la tecnologia è arrivata ad uno stadio così avanzato, che rischia di non adattarsi facilmente alle tradizionali categorie penalistiche, che invece sono state introdotte ed elaborate in un periodo nel quale la tecnica non era ancora arrivata a tali sofisticati livelli.

Ciò spiega, dunque, la difficoltà di affrontare questa materia, con particolare riguardo al c.d. *internet provider*, cioè all'impresa che consente l'immissione in rete del materiale il più vario ed anche, sovente, penalmente rilevante, in relazione al quale sarà sicuramente responsabile penalmente colui il quale, soggetto persona fisica, ha immesso in rete il materiale in questione, ma il problema più delicato che affronta questa sentenza è quello di verificare se, ed in quale misura, residui una responsabilità penale anche dei gestori dell'impresa che organizzano la rete medesima.

Il problema si complica, tenendo anche conto del fatto che sovente non è facile rintracciare il soggetto persona fisica che ha immesso in rete il materiale penalmente rilevante, per cui si comprende, ma ovviamente ciò non significa che anche automaticamente si condivide, l'atteggiamento di talune Procure della Repubblica che tendono ad estendere il controllo penale anche ai gestori della rete.

giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica, in Giur. cost., 2010, 1856 ss.; nonché, di recente anche ALBAMONTE E., *op. loc. ult. cit.*

⁵ Procura Repubblica Tribunale Milano, 10 ottobre 2008, P.M. Caivano, imp. Drummond ed altri, in questa *Rivista*, 2009, 89 ss., con nota di CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su internet*, in *ibid.*, 91 ss.

⁶ Cfr. CARNEVALI-ROBLEDO-CAJANI, *Rettifica ex art. 8, legge 8 febbraio 1948, n. 47*, in questa *Rivista*, 2009, 739 ss., con nota del Direttore responsabile BONESCHI, *La Procura della Repubblica di Milano, un errore della rivista e una discussione necessaria*, in *ibid.*, 735 ss.; cui è seguita anche la pubblicazione del *Parere pro-veritate* redatto dal Prof. Avv. SCUBBI, per la parte civile Vivi Down, in *ibid.*, 745 ss., pubblicazione peraltro richiesta dalla stessa Procura della Repubblica di Milano.

Nel concludere queste brevi note introduttive abbiamo il piacere, oltre che l'onore, di ricordare un saggio ormai risalente di un illustre penalista, di recente purtroppo scomparso, del calibro di Giuliano Vassalli, il quale già nel lontano 1962 si era posto i delicati problemi relativi alla protezione della personalità umana nell'era della tecnica⁷.

2. L'ESCLUSIONE DI UNA RESPONSABILITÀ PENALE PER OMESSO IMPEDIMENTO DELL'EVENTO, EX ART. 40, CPV., C.P., IN RELAZIONE AL DELITTO DI DIFFAMAZIONE, A CARICO DELL'*INTERNET PROVIDER* E L'INFLUENZA DELLA DIRETTIVA 2000/31/CE SULL'*E-COMMERCE*, ATTUATA CON IL D.LGS. N. 70 DEL 2003.

Volendo ora approfondire la sentenza oggetto delle nostre considerazioni, crediamo opportuno iniziare con le problematiche relative al concorso nel reato di diffamazione da parte dell'*internet provider*, giacché sul punto emerge una chiara differenza fra l'impostazione adottata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano nel decreto di citazione a giudizio, e le conclusioni cui è giunto, sul punto, il giudice estensore della sentenza.

Dal decreto di citazione diretta a giudizio emesso dalla Procura di Milano emerge, infatti, che la responsabilità del *provider* per il delitto di diffamazione è basato sul 40, cpv. c.p., cioè a dire sulla sussistenza, in capo a quest'ultimo, di un obbligo giuridico di impedire l'evento, fondato, a sua volta, sulla violazione degli artt. 13, 26 e 17, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e, quindi, su precise violazioni di norme di legge. Più in particolare, il riferimento all'art. 13 per i pubblici ministeri attiene al difetto dell'informativa sulla *privacy* e, quindi, sulla questione relativa al consenso, l'art. 26 attiene allo stato di salute della persona inquadrata e l'art. 17 riguarda l'interpello presso l'autorità garante.

Il giudice di prime cure, tuttavia, non accede a questa impostazione, e, a nostro avviso, giustamente, in quanto l'individuazione di una posizione di garanzia a carico del sito *web*, causativa di un obbligo « preventivo » di controllo si rivela, sempre ad avviso del giudice prime cure, del tutto « inesigibile » in quanto l'*internet provider* notoriamente non possiede gli strumenti per andare ad esaminare tutto il materiale immesso da altri nella propria rete, per cui, già sotto questo profilo, non

⁷ VASSALLI G., *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano,

1962, 675 ss.; sul pensiero del grande penalista, cfr. ora, PALAZZO (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, 2010, quivi 153.

può validamente sostenersi la sua responsabilità penale, ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p.

Questa tesi è, peraltro, conforme anche a quanto sostenuto da autorevoli voci dottrinarie, in particolare straniere, ove infatti si è esclusa una responsabilità penale a livello omissivo dell'*internet provider*, proprio a causa del contrasto con il principio « *ultra posse nemo obligatur* »⁸.

D'altro canto, il giudice di prime cure giustamente rileva altresì che, mancando ancora una norma analoga a quella di cui all'art. 57 del codice penale, relativa alla responsabilità per *omissionem* del direttore del giornale, una responsabilità omissiva dell'*internet provider* rischierebbe non solo di contrastare con il principio di stretta legalità, ma anche con la direttiva 2000/31/CE, attuata dal D.Lgs. n. 70 del 2003 che, all'art. 16, stabilisce testualmente: « 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: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; b) non appena a conoscenza di tali atti, su comunicazione delle autorità competenti agisca egli stesso per muovere le informazioni o disabilitarne l'accesso »⁹.

Un'interpretazione infatti, contraria alla direttiva comunitaria sull'*e-commerce*, avrebbe rischiato di contrastare, in particolare, con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, che, come è noto, stabilisce: « la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli

⁸ Cfr. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer - Le nuove sfide di internet*, in *RTDPE*, 1997, 743 ss. e, quivi, 780 ss.

⁹ Cfr. da ultimo sul punto, ed anche in rapporto all'art. 57 c.p., nello stesso senso e giustamente, CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale*, etc. cit., 95 ss.; va però anche ricordata la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla cybercriminalità, resa a Budapest il 23 novembre 2001 e ratificata in Italia con legge n. 48 del 18 marzo 2008, in cui si prevede, in primo luogo, per quanto riguarda i gestori dei servizi di rete, l'obbligo di punire i fatti di complicità (art. 11, comma 1) e, in secondo luogo, alcuni significativi obblighi di collaborazione in capo al *provider*, fra cui la raccolta e la registrazione dei dati sul traffico, oppure la collaborazione con le autorità competenti alla registrazio-

ne dei dati medesimi (art. 20); cui si aggiunge anche quello per cui il *provider*, in relazione ai casi più gravi, deve raccogliere e registrare non solo i dati relativi al traffico, ma anche al contenuto delle comunicazioni specifiche (art. 21). L'art. 18, infine, prevede l'obbligo del *provider* di fornire i dati in possesso sui propri abbonati ed, in particolare, quelli relativi alla loro identità ed al tipo di servizi di comunicazione utilizzati. Aumentano, quindi, gli obblighi in capo al *provider*, ma non sembra che questi ultimi, tranne, forse, quello di cui all'art. 21, possano riguardare il caso in esame. In argomento, ad es., SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, 3°, Milano, 2010, 631 ss.; cui *adde*, altresì, PERDONÒ, *Le responsabilità penali collegate all'uso di internet fra comparazione e prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 2007, 323 ss. e, quivi, 330 ss.

derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ».

3. L'AFFERMAZIONE, INVECE, DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DELL'*INTERNET PROVIDER* PER IL REATO DI TRATTAMENTO ILLECITO DEI DATI PERSONALI, SOTTO IL PROFILO DELL'OMMISSIONE DI UNA CORRETTA E PUNTUALE INFORMAZIONE CIRCA IL RISPETTO DELLE PRESCRIZIONI NORMATIVE CONCERNENTI IL TRATTAMENTO DEI DATI SENSIBILI: NOTAZIONI INTRODUTTIVE E *RATIO* DELLA DECISIONE IN COMMENTO.

Il giudice di prime cure, visto quanto sinora affermato a proposito di un'esclusione di una responsabilità *per omissionem* dell'*internet provider* per il reato di diffamazione, non può che concludere nello stesso senso, con riferimento al reato di trattamento illecito di dati, nel senso, cioè, che anche sotto questo ulteriore profilo non sussiste un « obbligo di controllo » sul contenuto dei dati immessi in rete, a causa della sua sostanziale inesigibilità.

Ciò tuttavia, ed è questa la parte più rilevante ed innovativa della sentenza, non impedisce allo stesso giudice di fondare comunque una responsabilità *per omissionem* dell'*internet provider* in rapporto al reato di cui all'art. 167 D.Lgs. n. 196/2003, ma sotto il diverso presupposto di un'asserita assenza di una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento dei dati sensibili di quanti vengono ivi configurati.

In particolare questo « nuovo » obbligo giuridico viene fondato sia sulla norma di legge di cui all'art. 13 del decreto legislativo citato, che fa riferimento alla necessità di richiedere il consenso per il trattamento dei dati sensibili all'interessato, sia anche per non meglio specificate ragioni « di buon senso ».

È evidente, almeno a nostro avviso, a questo punto la *ratio decidendi* della sentenza in oggetto: visto che non è possibile fondare un obbligo di controllo penalmente rilevante, *ex art. 40 cpv. c.p., sub art. 167*, giacché, avendolo escluso per il diverso reato di diffamazione, sarebbe sommamente illogico affermarlo per l'altro reato, ecco quindi la ragione per cui il giudice di prime cure ritiene di individuare un *diverso* obbligo giuridico, questa volta di corretta e puntuale informazione, che ha la funzione di evitare che colui che intende immettere in rete materiale penalmente rilevante non sia preventivamente e specificamente edotto della normativa al riguardo, senza che invece sia costretta a ricercarla nelle pieghe, non facilmente individuabili, del contratto.

Questo è, dunque, il diverso sistema attraverso il quale il giudice di Milano arriva a ritenere penalmente responsabili gli ammini-

stratori di *Google* per il reato di concorso in trattamento illecito di dati, ma con esclusione della responsabilità *per omissionem* dal diverso reato di diffamazione¹⁰. Questa ricostruzione, invero assai originale, della responsabilità dell'*internet provider* con riferimento agli obblighi di informazione non tiene però in primo luogo nel dovuto conto che gli obblighi di informazione sono legislativamente concepiti nell'ambito di un « rapporto duale », che intercorre tra il titolare dei dati personali e il soggetto che da questi li acquisisce. Nel caso in esame, invece, non vengono in considerazione i dati dell'utente, bensì i dati di terzi, estranei a quel rapporto duale¹¹.

4. (SEGUE) CONFIGURABILITÀ O NO DELL'ART. 167, D.LGS. 30 GIUGNO 2003, N. 196, A LIVELLO OMISSIVO.

Per verificare ulteriormente la fondatezza della tesi sostenuta dal giudice di prime cure dobbiamo, però, sciogliere alcuni nodi interpretativi: il primo di essi riguarda la possibilità, o no, di configurare il reato di trattamento illecito dei dati come realizzabile anche mediante una omissione, ciò ovviamente a prescindere dal ricorso al paradigma di cui all'art. 40, cpv., c.p., che tratteremo successivamente.

Va, infatti, a questo proposito rilevato che, anche indipendentemente dal fatto che il reato *de quo agitur* sia o no da ricomprendersi fra quelli causalmente orientati, e, quindi, potendo rientrare pure nella categoria dei reati c.d. di pura condotta, ci si può ben porre anche in rapporto a questi ultimi se possono commettersi pure mediante una omissione.

L'art. 167, in particolare, prevede l'inciso per cui il soggetto è punito « se dal fatto deriva nocumento », ma proprio la formula legislativa induce a pensare che si sia in presenza di una condizione obiettiva di punibilità, anziché dell'evento del reato come dimostreremo più ampiamente in seguito.

Presupponendo, quindi, che il reato di trattamento illecito di dati costituisca un reato di pura condotta, bisogna, appunto,

¹⁰ La sentenza che si annota sembra, quindi, aderire a quella recente voce dottrina che, seppure in diversa materia, cioè quella relativa alla legge 6 febbraio 2006, n. 38, attinentemente anche alla pedopornografia in *internet*, mentre è concorde nel ritenere l'insussistenza di alcun « obbligo generale di sorveglianza », che infatti sarebbe contrario al disposto dell'art. 15 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio in data 8 giugno 2000 sul commercio elettronico, afferma, però, in base

alle previsioni del paragrafo 2 della direttiva medesima, l'introduzione soltanto di *specifici* doveri di informazione e comunicazione sia di propria iniziativa, che a richiesta dell'autorità: cfr. in tal senso, quasi testualmente, PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (l. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte seconda)*, in *Studium iuris*, 2007, 1196 ss. e, quivi, 1207.

¹¹ Così, con ragione, ALBAMONTE E., *op. cit.*, 187.

verificare se possa essere commesso anche mediante un'omissione.

Va infatti rilevato che problemi analoghi, in generale, sono ben presenti agli interpreti, in quanto, soprattutto laddove il legislatore utilizzi formule che sembra possano consentirlo, ci si è posti il quesito se il reato possa essere commesso anche mediante un'omissione: è questo, ad esempio, il caso del delitto di maltrattamenti, ove infatti l'ampia dizione legislativa ha fatto affermare alla giurisprudenza la configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p. anche mediante un'omissione, pur se la dottrina si è mostrata giustamente critica, a causa del timore che la fattispecie *de quo* risulti, in tal modo troppo indeterminata e, quindi, come tale in contrasto con il principio di precisione, inteso come corollario della stretta legalità¹².

Il caso, tuttavia, dell'art. 167 del D.Lgs. 196/2003 risulta molto diverso da quello del delitto di maltrattamenti, in quanto l'art. 4 del D.Lgs. in oggetto contiene proprio una definizione legislativa del termine « trattamento », che è, per l'appunto, definito come « qualunque operazione o complesso di operazioni effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzazione, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distribuzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati ».

Orbene, non v'è chi non veda come nella definizione legislativa qui menzionata, non vi sia affatto posto per un trattamento mediante omissione, giacché la definizione legislativa comprende tutte condotte di chiaro connotato attivo, per cui la trasformazione del reato *de quo* nel senso che possa essere commesso anche mediante un'omissione rischia di confliggere apertamente ed in modo insanabile con il principio di stretta legalità.

5. POSSIBILITÀ DI TRASFORMARE IL REATO *DE QUO* IN REATO

COMMISSIVO MEDIANTE OMISSIONE ED IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI CORRELAZIONE TRA SENTENZA ED ACCUSA.

Sussiste però, come è noto, un'altra possibilità di trasformare interpretativamente un reato di azione in reato omissivo, e cioè quella di utilizzare, come norma di raccordo, l'art. 40, comma

¹² Cfr. in argomento, per la negativa, BLAIOTTA, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere di solidarietà*, in *Cass. Pen.*, 1996, 511; nonché, più di recente, VITARELLI, *Maltrattamenti mediante*

omissione?, in *RIDPP*, 1998, 183, ove in entrambi trovansi riportata anche la giurisprudenza favorevole alla tesi che qui si critica, cui pertanto, per ulteriori approfondimenti, si rinvia.

2, del codice penale, cioè a dire l'obbligo giuridico di impedire l'evento che, per espressa disposizione legislativa, equivale a cagionarlo.

Per ritenere, tuttavia, configurabile questa diversa strada sono necessari alcuni requisiti fissati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, prima dell'analisi dei quali è, però, opportuno domandarsi se il giudice di prime cure, con il riferimento alla violazione dell'obbligo di corretta informazione nei confronti di coloro che immettono materiale in rete, soprattutto *ex art. 13* del decreto legislativo da ultimo citato, possa dar luogo ad un reato commissivo mediante omissione.

L'impressione che si trae dalla lettura della, peraltro ampia ed approfondita, sentenza oggetto delle nostre riflessioni, sembra consentire una risposta affermativa alla questione, giacché appare chiaro l'intendimento del giudice di prime cure, cioè quello per cui la mancata o, comunque, carente informazione in materia di richiesta di consenso, da parte di chi vuole immettere dati sensibili, al titolare del dato in oggetto, sembra proprio integrare, seppure in una forma particolare, diversa dal generico obbligo di controllo, comunque la violazione di una norma-comando che, come tale, ha « agevolato » colui che intendeva immettere in rete il materiale risultato di carattere diffamatorio, che infatti, anche a causa di detta « omissione informativa », non ha richiesto il consenso all'interessato ed ha, quindi, immesso in rete il materiale poi risultato penalmente rilevante.

In tal modo, però, non vi è dubbio che, seppure sotto diverso profilo, inevitabilmente si faccia operare, seppure implicitamente, anche la norma di cui all'art. 40, cpv., c.p., anche perché abbiamo precedentemente potuto constatare come il reato di trattamento illecito di dati personali non sia di per sé realizzabile mediante un'omissione, per cui, onde evitare un contrasto insanabile con il principio di stretta legalità, è giuoco forza far operare l'art. 40, cpv., c.p.

Qui, tuttavia, si annida quantomeno un dubbio, peraltro già manifestato da attenta dottrina sul punto¹³, sulla sussistenza di una correlazione tra capo d'imputazione e sentenza, proprio in relazione all'art. 167 del D.Lgs. n. 196 del 2003.

Mentre, infatti, nel decreto di citazione diretta a giudizio il capo d'imputazione riguardante il delitto di diffamazione, con riguardo agli amministratori di *Google*, comprende espressamente il riferimento, oltretutto all'art. 110, anche all'art. 40, comma 2, c.p., invece quello relativo all'art. 167, comma 1 e 2, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, prevede *solo* il riferimento all'art. 110 c.p., da cui è lecito dedurre come la responsabilità concorsuale per il delitto di diffamazione sia costruita nel capo d'imputazione a livello omis-

¹³ MELZI D'ERIL-VIGEVANI, *op. cit.*, 21.

sivo, mentre, siccome altrettanto non avviene per quella relativa al diverso reato di trattamento illecito di dati, ciò significa che, per il capo d'imputazione medesimo, il solo riferimento all'art. 110 c.p., non seguito, cioè, anche da quello di cui all'art. 40, cpv., c.p., comporta che il concorso di persone qui è inteso a livello di condotta attiva e non già a livello omissivo.

Da ciò consegue, almeno a nostro avviso, una chiara violazione dell'art. 521 del codice di rito, cui vorrà porre rimedio, eventualmente, il giudice d'appello, per le ragioni, difficilmente contestabili, che abbiamo sinora enunciato e che rendono la sentenza di prime cure, ex art. 522 c.p., quantomeno fortemente indiziata di nullità¹⁴.

6. IL TRATTAMENTO ILLECITO DI DATI PERSONALI È UN REATO CAUSALMENTE ORIENTATO?

Venendo, ora, ai profili più squisitamente di diritto penale sostanziale, bisogna domandarsi se il reato di trattamento illecito di dati sia, comunque, un reato che possa essere interpretato anche a livello omissivo, nel senso dell'art. 40, cpv., c.p.

In argomento va ricordato che la più moderna dottrina è ormai costantemente attestata nel senso che, per far operare legittimamente l'art. 40, cpv., del codice penale, nel senso di evitare pericolose collisioni con il principio di stretta legalità, è necessario che si tratti di un reato a forma libera ed, in particolare, c.d. causalmente orientato, come, ad es., l'omicidio, ove infatti la libertà di espressione della condotta criminosa, non ristretta in precise formule legislative, come invece avviene nei reati a forma vincolata, consente, per l'appunto, la trasformazione a livello interpretativo di un reato legislativamente costruito come di azione, anche in chiave omissiva¹⁵.

Orbene, proprio con riferimento al reato di trattamento illecito di dati personali va rilevato come autorevole dottrina abbia manifestato giuste perplessità nell'applicazione dell'art. 40, cpv., c.p., soprattutto laddove, come nel caso di specie, la divulgazione, la diffusione e le altre condotte menzionate nella definizione legislativa di cui all'art. 2 del D.Lgs. ormai più volte citato, si presentino come « mere condotte ».

¹⁴ Da ultimo, sulla correlazione tra accusa e sentenza e sulla nullità della sentenza per difetto di contestazione, SURACI, *Nuove contestazioni*, in SPANCHER (dir. da), *Trattato di procedura penale*, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, II, (a cura di SPANCHER),

Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica, Torino, 2009, 441 ss. e, quivi, 496 ss.

¹⁵ In argomento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, I, Padova, 2007, 216 ss.

Vi è, infatti, il fondato pericolo che la costruzione di una responsabilità a livello di omesso impedimento dell'evento a carico dell'*internet provider*, una volta ammesso che i reati (di condotta) fondati sui verbi modali indicati, si consumano nel momento in cui i contenuti illeciti sono resi accessibili da parte del loro autore, comporta che una partecipazione del *provider* non possa 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»¹⁶.

D'altro canto, se ci si riferisce alla fase anteriore, cioè a dire a quella di immissione in rete del materiale penalmente rilevante, per le ragioni sinora indicate, che soprattutto si basano sul fatto che il concetto di trattamento fa riferimento a condotte di carattere necessariamente attivo, l'unica possibilità legittima di configurare un concorso di persone nel reato, con riferimento al *provider*, passa necessariamente per una condotta di partecipazione a livello attivo e, come potremo constatare in prosieguo, corredata anche da un dolo particolarmente intenso¹⁷.

7. L'IPOTIZZATA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'*INTERNET PROVIDER* E L'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO CHE, NEL CASO SPECIFICO, DIVENTA IL REATO.

Dobbiamo, tuttavia, sciogliere un ultimo nodo interpretativo, con riferimento al fatto di reato di cui al trattamento illecito di dati, nel senso di verificare se l'obbligo di corretta informazione, nei sensi indicati dalla sentenza oggetto della nostra analisi, possa integrare un obbligo giuridico di impedire l'evento e, quindi, l'ipotizzata posizione di garanzia del *provider*, ben inteso con riferimento all'art. 167 del codice per la protezione dei dati personali.

Per risolvere questo ulteriore nodo è necessario un approfondimento, almeno a nostro avviso, della norma in oggetto ed, in particolare, dell'inciso «se dal fatto deriva nocumento», nel senso di andare a verificare la sua esatta natura giuridica.

Orbene, va rilevato che la norma in analisi non era così costruita nella sua originaria formulazione, in quanto il nocumento costituiva circostanza aggravante, mentre attualmente la formulazione in oggetto può astrattamente dar luogo a due diverse interpretazioni, l'una, sicuramente più garantista, che individua nel

¹⁶ Così, con ragione, SEMINARA, *La responsabilità penale degli operanti su internet*, in questa *Rivista*, 1998, 745 ss., e, quivi, 764 ss.; nello stesso tempo, volendo, anche MANNA, *Considerazioni sulla responsa-*

bilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia, in questa *Rivista*, 2001, 145 ss. e, quivi, 147 ss.

¹⁷ Così anche, da ultimo, ALBAMONTE E., *op. cit.*, 188.

nocumento l'evento del reato e che consentirebbe, per l'appunto, l'operatività dell'art. 40, cpv., e l'altra, invece, che, proprio a causa dell'utilizzazione del verbo « derivare » anziché di quello « cagionare », preferisce individuare nell'inciso in questione una condizione obiettiva di punibilità, seppure, ovviamente, di carattere « intrinseco », perché possiede sicuramente una relazione con l'offesa al bene giuridico, accrescendone l'intensità¹⁸.

Un ulteriore ostacolo a livello interpretativo, avverso la tesi che individua nel nocumento l'evento del reato, lo si può ricavare dal dolo specifico, ovvero sia dal fine di trarne profitto o, per quanto qui rileva, di recare ad altri un danno, che si è costretti a trasformare surrettiziamente in un dolo generico, violando, però, apertamente la *littera legis*, perché, altrimenti, si arriverebbe all'assurdo di chi, al fine di recare ad altri un danno, ...lo cagiona, il che sarebbe lo stesso che affermare paradossalmente, nella norma che prevede l'omicidio, « chiunque al fine di uccidere, ...uccide ».

La dimostrazione dell'insostenibilità della tesi dell'evento e viceversa della bontà dell'opposta tesi della condizione obiettiva di punibilità la possiamo ricavare anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione che, infatti, in una recente sentenza, ha sposato giustamente la tesi qui da noi sostenuta¹⁹.

Se, però, la tesi corretta è quella da ultimo indicata, cade, conseguentemente, almeno sotto questo profilo, la possibilità di fondare una responsabilità penale dell'*internet provider* per il reato *de quo* a livello di omesso impedimento dell'evento e, soprattutto, almeno a nostro avviso, si disvela il « vero volto » dell'utilizzazione della norma di cui all'art. 40 nella fattispecie che qui ci occupa.

Se, infatti, l'omessa corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento dei dati sensibili di quanti vengono raffigurati in rete da parte del *provider*, consente a colui che vuole immettere detti dati in rete di inserire anche materiale penalmente rilevante, ciò significa, data la struttura del reato di trattamento illecito di dati, da intendersi come reato di pura condotta, che l'obbligo di impedire l'evento diventa, in questo caso, paradossalmente l'obbligo di impedire lo stesso reato *de quo*.

Ciò però, almeno a nostro avviso, è del tutto inaccettabile, in quanto in tal modo l'*internet provider* viene equiparato, sostanzialmente, ad un ufficiale o ad un agente di polizia giudiziaria, nonostante che solo a questi ultimi il codice di rito, all'art. 55, configura l'obbligo giuridico di impedire la commissione di reati.

¹⁸ Per entrambe dette interpretazioni, con correlativi riferimenti bibliografici e per una decisa presa di posizione nei confronti della seconda, sia consentito il rinvio a MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale*

ed amministrativo del codice sul trattamento dei dati personali, in questa *Rivista*, 2003, 727 ss.

¹⁹ Cass., 9 luglio 2004, Barone, in questa *Rivista*, 2004, 461.

Né d'altro canto sussiste, per gli *internet providers*, una norma equivalente all'art. 57 del codice penale, che recente giurisprudenza di merito ha anche esteso, sempre per il reato di diffamazione, al direttore responsabile della testata telematica²⁰, ma giammai al gestore di rete.

Così operando, invece, la sentenza in oggetto rischia di violare il principio di stretta legalità, in quanto dà luogo sostanzialmente ad un'interpretazione analogica *in malam partem*, quanto meno dell'art. 55 del codice di rito, come purtroppo sovente avviene anche in altri settori del diritto penale dell'impresa, ove spesso la giurisprudenza individua in modo invero troppo semplicistico, « fantomatiche » posizioni di garanzia in capo ai soggetti apicali di struttura organizzative complesse, quali appunto quelle aziendali, con particolare riguardo non solo agli amministratori ma anche ai sindacati²¹.

8. CONFIGURABILITÀ, O NO, DEL DOLO EVENTUALE NELLA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 167 D.LGS. N. 196.

L'applicazione dell'art. 167 del codice per la protezione dei dati personali, a livello omissivo, anche all'*internet provider* provoca poi, nella sentenza che qui si annota, ulteriori problemi anche in rapporto al dolo, che, nella norma citata, è sicuramente un dolo specifico, in quanto il soggetto deve avere agito « al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno ».

Il *punctum dolens* non riguarda infatti il dolo specifico, in quanto è sicuramente configurabile anche a livello soggettivo la prospettiva di ricavare dalla gestione della rete benefici economici a loro volta ricavati da un sistema di annunci pubblicitari.

La questione controversa riguarda invece il fatto che il giudice di prime cure abbia inteso individuare nei gestori della rete anche un dolo eventuale, definito nel senso che essi avrebbero causato una « voluta disattenzione » nelle politiche societarie relative alle problematiche del trattamento dei dati personali, al fine di occupare una fetta considerevole di mercato.

Orbene, già sotto questo profilo, emerge l'utilizzazione di una sorta di ossimoro a livello giuridico in quanto l'espressione « voluta disattenzione » risulta intimamente contraddittoria, perché partecipa sia della natura del dolo che di quella della colpa, per

²⁰ Cfr. Tribunale Firenze, 13 febbraio 2009, giudice Limongi, A.C., in *Dir. inf.*, 2009, 911 ss.; *contra*, tuttavia, Cass. Sez. V penale, sent. 16 luglio 2010, n. 35511, Pres. Ferrua, est. Fumo, P.G. (conforme) Volpe, ric. Brambilla, in questa *Rivista*, *infra*, p. 895.

²¹ Cfr. in argomento, nello stesso senso, PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003; nonché sia consentito il rinvio anche a MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 18 ss.

cui diventa una sorta di ibrido difficilmente accettabile a livello dogmatico.

Se però si intende superare questa prima aporia e si vuole, giustamente, andare ad identificare meglio, nella sentenza che si annota, il dolo eventuale, ci si può facilmente rendere conto che, secondo il giudice di prime cure, il dolo consisterebbe nell'aver consapevolmente accettato il rischio che nel sito venisse immesso un video suscettibile di creare grave nocumento all'interessato, cui, peraltro, non era stato nemmeno richiesto il consenso alla divulgazione.

Questo tipo di configurazione del dolo eventuale, a parte la compatibilità con il dolo specifico²² ed a parte ancora «l'indistinto confine» con la colpa cosciente²³, presenta però, almeno a nostro avviso, il limite di essere ricostruito in un reato privo di evento in senso naturalistico e, quindi, in un reato di pura condotta, che pare francamente del tutto inaccettabile.

Se, infatti, il dolo eventuale, secondo almeno la definizione ormai consolidata da lustri in giurisprudenza, comporta, oltre che la previsione dell'evento, anche l'accettazione del rischio di verificazione di quest'ultimo, ne consegue pianamente come la pur discussa figura del dolo eventuale sia applicabile nei reati in cui sussiste un evento in senso naturalistico, oppure, al più, ai presupposti del reato, ma non certo, come tali, ai reati di pura condotta, come quello relativo al trattamento illecito di dati, per quel che abbiamo dimostrato sinora, pena, altrimenti, non solo la violazione dell'art. 43 del codice penale, ma, soprattutto, l'impossibilità di fornire un oggetto alla stessa accettazione del rischio²⁴.

²² Infatti giustamente messa in dubbio da ultimo da ALBAMONTE E., *op. cit.*, 187.

²³ Per questo e per gli altri problemi cui dà luogo la discussa figura del dolo eventuale, sia consentito anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Indice pen.*, 2010, 9 ss.; appare, tuttavia, più possibilista nell'utilizzazione, in *subiecta materia*, del dolo eventuale, di recente, DE NATALE, *Attività di contrasto alla pedorpornografia on line: aspetti problematici della responsabilità penale delle persone fisiche e degli enti*, in *RTDPE*, 2009, 793 ss. e, quivi, 820 ss.

²⁴ È pur vero infatti che di recente la Cassazione, a sezioni unite penali, 26 novembre 2009, n. 12433, ric. Nocera, in *Cass. Pen.*, 2010, n. 7/8, 2548 ss., con nota di DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *ibid.*,

2555 ss.; nonché, ad es., anche in *DPP*, 2010, 7, 822 ss., con commento di PISA, in *ibid.*, 826 ss., ha applicato il dolo eventuale non già, come da tradizione, all'evento del reato, bensì al presupposto dello stesso. In altri termini, costituirà ricettazione e non già incauto acquisto l'ipotesi in cui il soggetto attivo, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, «non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza», così, per l'appunto, utilizzando, seppur in chiave negativa, la (prima) formula di Frank, che tuttavia non solo ricorre ad un criterio probatorio o, se si preferisce, di conoscenza, ipotetico, anziché reale, ma anche e, conseguentemente, rischia, in ultima analisi, di privilegiare elementi di «tipologia d'autore», anziché del fatto, come, in particolare, i precedenti penali dell'imputato, che possono, per l'appunto, chiarire se costui è un soggetto, in definitiva, «disinvolto», oppure attento al rispetto delle norme.

L'estensore della sentenza è, infatti, « costretto » ad utilizzare il « nocumento » come evento del reato, ma ciò, per le ragioni in precedenza esposte, non può essere accettato, trattandosi, viceversa, come insegna anche la Suprema Corte di Cassazione, di una condizione obiettiva di punibilità.

9. CONCLUSIONI FINALI, SIA CON RIFERIMENTO A QUELLE DELL'ESTENSORE DELLA SENTENZA, SIA CON RIGUARDO AI MODELLI IPOTIZZABILI DI CONCORSO DELL'*INTERNET PROVIDER*, A LIVELLO ATTIVO, OPPURE OMISSIVO.

La sentenza si conclude, in modo invero alquanto inusuale, con alcune « considerazioni finali », ove il giudice di prime cure ribadisce che la responsabilità penale del *provider* non è stata costruita sulla base di un obbligo preventivo di controllo sui dati immessi, bensì sulla base di un profilo valutativo differente, cioè quello di un'insufficiente e, ritenuta, colpevole comunicazione degli obblighi di legge nei confronti degli *uploaders*, per fini di profitto.

Nella sentenza in oggetto ciò costituisce, però, il presupposto per un invito al legislatore ad introdurre espressamente una responsabilità penale, colposa o dolosa che sia, per omesso controllo, in modo che il compito della giurisprudenza diventi più facile, rispetto a ciò che avviene nel momento attuale.

Per quanto abbiamo sinora osservato ci sembra, invece, di poter rilevare come l'appello al legislatore nasconda un'indubbia forzatura del dato legislativo da parte della sentenza in analisi e, quindi, l'inserimento di quest'ultima in quel noto filone che attualmente viene definito « diritto vivente », che, come nel caso di specie, attraverso soprattutto un ragionamento per molti versi di carattere sostanzialmente analogico²⁵, rischia però non solo di allontanarsi in modo inaccettabile rispetto al diritto scritto, ma anche di dar, conseguentemente, ragione a quelle istanze dottrinarie che, preoccupate per la tenuta del principio di stretta legalità²⁶, plaudono, ad esempio, ad esperienze straniere, come quella del nuovo codice penale francese del 1994, ove, all'art. 111-4, è stabilito: « *La loi pénale est d'interprétation stricte* », oppure come quella del nuovo codice penale spagnolo del 1975, ove, all'art. 4, è affermato che: « *las Leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas* »²⁷.

²⁵ Cfr., in argomento, per tutti, FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33 ss.

²⁶ Cfr. in tal senso soprattutto MARI-

NUCCI, *L'analogia e la « punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale »*, in RIDPP, 2007, 1254 ss.

²⁷ Così MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 98.

Per quanto riguarda, più in particolare, la responsabilità penale dell'*internet provider* riteniamo quindi che, in attesa di un'eventuale riforma legislativa, secondo il diritto vigente, una responsabilità *per omissionem* incontri ostacoli insormontabili, per cui l'unica via praticabile, allo stato, della normativa sembra, viceversa, essere quella di un concorso di persone nel reato, ove al *provider* si imputi una condotta di partecipazione a livello *attivo* e con un dolo particolarmente carico²⁸, anziché ricorrere ad una comunque controversa figura di dolo, quale il dolo eventuale.

Se ciò comporta una maggiore difficoltà a livello probatorio, rispetto alla tesi della responsabilità omissiva, riteniamo, tuttavia, che la strada prescelta sia l'unica conforme anche ai principi costituzionali in materia penale e che consente di mantenere anche una *sana* autonomia al diritto penale sostanziale, che invece non deve essere piegato alle esigenze probatorie, pena un suo pericoloso snaturamento.

²⁸ Così anche SEMINARA, *op. loc. ult. cit.*; e, nella dottrina tedesca, SIEBER, *op. loc. ult. cit.*