

---

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

---

## I RAPPORTI FRA RESPONSABILITÀ CIVILE E RESPONSABILITÀ PENALE NELLE COMUNICAZIONI SU INTERNET (RIFLESSIONI PRELIMINARI)

---

**SOMMARIO:** 1. Premessa: le telecomunicazioni come libertà. — 2. Nuove tecnologie e modelli di sanzione e tutela. — 3. La internazionalità del fenomeno. — 4. Interessi tutelati e scelte sanzionatorie. — 5. I soggetti della comunicazione su Internet. — 6. Responsabilità penale o responsabilità civile?

### 1. PREMESSA: LE TELECOMUNICAZIONI COME LIBERTÀ

---

Fra le tante sfide che le nuove tecnologie informatiche e telematiche pongono al giurista d'oggi ve n'è anche una sistematica sui rapporti fra diritto civile e diritto penale e sulla adattabilità delle tradizionali ripartizioni alla realtà che sta emergendo. Come risulterà evidente, peraltro, questi rapporti riguardano non solo il diritto sostanziale, ma anche — e spesso in maniera determinante — il diritto processuale.

Ovviamente non si tratta di una sfida nuova: i giuristi l'hanno affrontata da almeno due secoli, da quando le tecnologie — prima meccaniche, poi elettriche, poi elettroniche ed infine informatiche — hanno disegnato le società occidentali, cambiando il modo di vivere, lavorare ed organizzarsi. Dunque *nihil sub sole novi*.

Il primo interrogativo che il giurista (se non vuole peccare di superbia) deve porsi è se vi sia bisogno del diritto per regolare i rapporti sulle reti telematiche<sup>1</sup>. Non si tratta di una domanda retorica: è molto diffusa — soprattutto in ambienti nord-americani — la tesi secondo cui nel « ciberspazio » i rapporti debbano essere disciplinati da codici di condotta o altre forme di autoregolamentazione. Ovviamente non intendo sposare la tesi, ormai anacroni-

---

\* Lo scritto riproduce, con ampliamenti e corrodo di note la relazione svolta al Convegno «Noves technologies de la informacion i dret penal» organizzato dai proff. Firmin Morales Prats e Ramon Casas Valles presso la Universitat Oberta de

Catalunya a Barcellona il 28 e 29 settembre 1999.

<sup>1</sup> Per un panorama d'insieme delle questioni v. G. ALPA, *Cyber Law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *NGCC* 1998, II, 385.

stica, soprattutto in questo settore, che il « diritto » è solo statale. Tuttavia risulta evidente che quando le regole sono fissate dagli interessati senza intervento preventivo, attuativo o repressivo dello Stato o di enti sovranazionali, il tasso di giuridicità è assai modesto.

Ancorché non ritenga di poter aderire alla tesi della « cyber-law » come diritto a-statale e a-territoriale, è necessario ribadire una premessa che talvolta viene tralasciata o viene sommersa dall'analisi strettamente giuridica: le reti di telecomunicazioni (e dunque anche la rete Internet) costituiscono uno straordinario mezzo per l'esercizio di libertà fondamentali, in primo luogo di comunicazione, ma anche di manifestazione del pensiero e di impresa<sup>2</sup>. Quanto più una libertà è regolamentata, tanto meno essa è « libera ». Occorre pertanto — se si vuole conservare questa libertà — ridurre al minimo indispensabile l'intervento dello Stato o degli Stati e chiedersi, di fronte ad ogni proposta di regolamentazione:

a) quale sarà la sua incidenza sulla libertà

b) quali sono gli interessi che si intendono tutelare attraverso la regolamentazione e se essi si pongano in una posizione di inferiorità, parità o superiorità rispetto alla libertà di telecomunicazione

c) se sia possibile tutelare quegli interessi attraverso forme meno pervasive di regolamentazione.

La preoccupazione che intendo manifestare non è frutto di una mera, ed opinabile, posizione culturale, ma trova una sua giustificazione nell'esperienza storica: basta pensare a quello che è successo tra gli anni '20 e '30 di questo secolo nel limitrofo campo delle radiodiffusioni (e, poi, delle radiotelevisioni). Non appena questo straordinario strumento di potenziale esercizio di libertà venne introdotto esso fu subito assoggettato a rigide regole pubblicistiche e, in tutta Europa, riservato in esclusiva allo Stato. È stato necessario oltre mezzo secolo per uscire da questa impostazione e restituire, almeno parzialmente, una libertà fino ad allora negata.

In Europa, le attività di telecomunicazioni, ancorché « liberalizzate », sono oggetto di una rigidissima regolamentazione che tocca tutte le forme di esercizio di tale attività<sup>3</sup>. Occorre, a mio av-

<sup>2</sup> V. P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e « pubblicazione » in Internet*, in questa Rivista 1998, 372; Id., *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI-S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè 1999, p. 3; nonché, volendo, F. CARDARELLI-V. ZENO-ZENCOVICH,

*Il diritto delle telecomunicazioni*, Laterza 1997, p. 16 ss.

<sup>3</sup> V. S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI-S. CASSESE, *op. cit.*, p. 53 ss.; A. TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in questa Rivista 1998, 917.

viso, evitare che la frenesia pan-regolamentatrice si estenda anche al contenuto delle comunicazioni<sup>4</sup>.

## 2. NUOVE TECNOLOGIE E MODELLI DI SANZIONE E TUTELA.

Se dunque si sceglie la strada del « diritto minimo » (cioè del minimo intervento esterno) è agevole comprendere come i rapporti fra disciplina « civile » e disciplina « penale » di Internet non si pongono in termini di contrasto e antitesi, bensì di continuità ed intersezione. La scelta dovrà dipendere in larga misura dal rango degli interessi che si intendono proteggere e se per essi sia più appropriata una tutela « forte », ovvero sia preferibile l'utilizzazione di strumenti di tutela diversi.

A questo punto è evidente il collegamento con il vivace dibattito che anima, almeno da due decenni, i penalisti europei sull'adeguatezza della sanzione penale tradizionale (la reclusione) rispetto a nuovi comportamenti ritenuti di disvalore, e la progressiva enfasi su sanzioni (cautelari, interdittive, reintegrative o patrimoniali) giudicate più idonee sia in una ottica individual-repressiva, che in quella general-preventiva<sup>5</sup>.

In maniera speculare si può constatare come, soprattutto di fronte ad illeciti commessi nell'ambito economico, si sia notevolmente arricchita la panoplia dei rimedi civilistici, non più limitati alla triade restituzione-esecuzione in forma specifica-risarcimento. In particolare si sono, in tutti i sistemi, ampliati gli strumenti di tutela anticipata o d'urgenza, adattandoli alle specificità del caso.

Si coglie, in tal modo, l'importanza dell'aspetto processuale, sia penale che civile, in quanto uno dei motivi che spinge verso rimedi o sanzioni alternativi è proprio la lentezza o complessità delle ordinarie procedure: le caratteristiche dei nuovi rimedi e delle nuove sanzioni sono dunque quelle della rapidità e dell'effettività.

<sup>4</sup> Ma v., in senso contrario, il significativo titolo della nella Decisione 276/99 del 25 gennaio 1999 del Parlamento europeo e del Consiglio su un « piano pluriennale d'azione comunitaria per promuovere l'uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuso attraverso le reti globali » (in GUCE L 33 del 6 febbraio 1999), ove pure vi sono richiami ad esigenze di autoregolamentazione o di regolamentazione tecnica.

<sup>5</sup> Per i riflessi di questo dibattito sulla materia che qui interessa si v. i due saggi, non su tutto convergenti, di S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori di Internet*, in questa Rivista 1998, 745; e di L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, ivi, 1999, 283; nonché quello di G. BUONOMO, *Le responsabilità penali*, in E. TOSI (a cura di), *I profili giuridici di Internet*, Giuffrè 1999, p. 301.

### 3. LA INTERNAZIONALITÀ DEL FENOMENO.

Vi è una ulteriore considerazione preliminare che, peraltro, è comune a tutte le riflessioni sugli aspetti giuridici di Internet. Come sappiamo, Internet è una rete (o un insieme di reti) diffusa sull'intero globo, i cui percorsi non sono né obbligati né costanti. I messaggi dunque possono essere veicolati attraverso molteplici e variabili Paesi. Inoltre i messaggi, ancorché riferibili ad un soggetto residente un determinato Paese, possono essere generati in (ed inviati da) un Paese completamente diverso. Tutto ciò pone straordinarie questioni in ordine alla legge sostanziale e processuale applicabile, solo in parte risolvibili in base alle regole esistenti: in primo luogo si deve osservare che mentre il sistema del diritto internazionale privato (o di « *conflict of laws* ») è sufficientemente articolato e collaudato, manca quel che potrebbe definirsi un « diritto internazionale penale », essendo tuttora una caratteristica dominante del sistema penalistico la sua statualità ed il suo collegamento con una precisa entità territoriale. Vi è certamente un complesso di convenzioni internazionali bilaterali, ma la loro operatività appare legata ad ipotesi eccezionali e non a fenomeni — quali le telecomunicazioni — che hanno una consistenza intrinsecamente internazionale<sup>6</sup>.

Ma anche il sistema di diritto internazionale privato non sembra, in concreto, di facile applicazione alle comunicazioni su Internet: per restare nell'ambito delle due più importanti branche del diritto privato, la determinazione del luogo di conclusione del contratto telematico, in assenza di una univoca disposizione, non è facile e potrebbe dare luogo ad infiniti rinvii e comunque a serie incertezze, che si riflettono in sede processuale. Ugualmente problematica è la determinazione del *locus commissi delicti* nell'ambito della responsabilità civile.

Si può dunque oscillare fra tendenze « espansionistiche » in base alle quali ogni fatto di rilievo giuridico realizzato attraverso una rete telematica ricade sotto la legge di uno Stato; e tendenze « riduzionistiche » le quali tendono a negare l'applicabilità della legge statale in quanto non si ravvisa un sufficiente collegamento con il territorio dello Stato.

In ogni caso, si comprende bene che il tasso di effettività della regola giuridica è assai modesto se il soggetto (persona fisica o giuridica) al quale si imputa una responsabilità si trova in Paese diverso, sottratto al pericolo di sanzioni.

---

<sup>6</sup> La riflessione è particolarmente avvertita dagli studiosi del diritto internazionale: v. T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Cedam 1998; nonché P. CERI-

NA, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 351.

Quanto detto porta a due conclusioni: la internazionalità del fenomeno sconsiglia approcci giuridici basati unicamente su esperienze nazionali; e nello stesso tempo obbliga a considerare con particolare attenzione, e già nel momento iniziale, gli aspetti di *enforcement*, che solitamente, in altri settori, vengono visti in secondo piano.

#### 4. INTERESSI TUTELATI E SCELTE SANZIONATORIE.

Avendo in mente le premesse ed i punti di riferimento che si sono illustrati nei paragrafi precedenti è possibile, a questo punto, cercare di verificare come responsabilità civile e responsabilità penale si intersecano nelle comunicazioni telematiche.

Volendo riprendere ed adattare alle nostre esigenze una classificazione che cinquant'anni fa era stata felicemente coniata da Pietro Nuvolone con riguardo alla stampa<sup>7</sup>, si potrebbe innanzitutto operare una distinzione fra « illeciti di Internet (o di telecomunicazione) » e « illeciti a mezzo Internet ». I primi comprendono quelle ipotesi nelle quali l'utilizzo di una rete di telecomunicazioni costituisce un elemento caratterizzante ed essenziale della fattispecie: si pensi all'accesso abusivo o alla alterazione o distruzione di dati. I secondi comprendono quelle ipotesi in cui l'illecito può già essere realizzato in forme « tradizionali » (ad es. truffa, lesione della reputazione o della riservatezza, violazione di diritti d'autore) ed il mezzo telematico costituisce solo un elemento ulteriore di fattispecie già dotate di una propria consistenza giuridica.

La distinzione serve ad operare una prima selezione fra gli interessi. Laddove essi godono già di una tutela negli ordinamenti giuridici, la soluzione naturale appare quella di estenderla anche alle ipotesi in cui essi siano lesi per via telematica. Tale conclusione può essere sottoposta al vaglio di due interrogativi:

a) vi sono ragioni che impongano o suggeriscano una tutela diversa — più forte o più debole — quando tali interessi sono lesi per via telematica?

b) quali possono essere le caratteristiche di tale diversa tutela?

Per rispondere al primo interrogativo è necessario porsi altri due consequenziali:

a.1) perché un interesse, se leso per via telematica, dovrebbe essere *meno* protetto?

a.2) perché un interesse, se leso per via telematica, dovrebbe essere *più* protetto?

Al primo quesito si possono trovare alcune risposte:

<sup>7</sup> V. P. NUVOLONE, *Reati di stampa*, Giuffrè 1951.

i. il comportamento telematico viene considerato socialmente diffuso e dunque viene percepito come dotato di minore capacità offensiva (si pensi all'uso abituale del c.d. *down-loading* anche di materiali che sarebbero, astrattamente, protetti da forme di duplicazione)

ii. il comportamento, quando venga realizzato per via telematica, incide in maniera assai modesta sull'interesse leso e dunque viene considerato meno offensivo (ad esempio, la lettura dell'altrui posta elettronica può essere considerato meno grave dell'apertura dell'altrui tradizionale corrispondenza epistolare).

In ogni caso va evidenziato come la diffusione delle comunicazioni telematiche non implichi affatto, necessariamente, l'esigenza di pari o maggiore tutela, ma può, anzi, all'opposto dare vita a fenomeni di attenuazione o, addirittura, soppressione della sanzione.

Al secondo quesito le risposte possono essere analoghe:

i. il comportamento telematico, soprattutto a seguito dello straordinario sviluppo di Internet, è talmente diffuso da sollevare grave allarme sociale e ledere in maniera macroscopica gli interessi protetti. Il processo è ben noto con riguardo sia al trattamento dei dati personali, per i quali le procedure informatizzate sono potenzialmente assai più pericolose di quelle tradizionali, manuali, su supporti cartacei. O, ancora, con riguardo alla raccolta di informazioni in banche di dati, il cui valore economico ha giustificato l'introduzione della Direttiva 9/96;

ii. le reti di telecomunicazioni assumono un ruolo cruciale nelle società moderna, tali da meritare una accentuata tutela. Anche qui il fenomeno non è nuovo: si pensi ai numerosi casi di aggravante introdotti nel secolo scorso per i reati commessi sulle pubbliche vie e sulle ferrovie; ed in questo secolo per i reati commessi in danno (o a bordo) di aeromobili.

Inutile dire che la scelta di sanzionare di più o di meno alcuni illeciti commessi tramite Internet è frutto, in genere, di scelte di carattere ideologico che collocano taluni valori ad un rango più o meno elevato: scelte dunque opinabili. L'unica cosa che si può osservare è che attualmente è molto diffusa una concezione di forte esaltazione di Internet con conseguente orientamento verso diffusi meccanismi sanzionatori<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sintomatico di questa tendenza è la «posizione comune» 27 maggio 1999 «sui negoziati, in sede di Consiglio d'Europa, relativi al progetto di convenzione sulla cibercriminalità» (in GUCE L 142/1 del 5 giugno 1999). In base all'art. 1, comma 2, della «posizione comune» «le disposizioni della convenzione dovrebbero integrare adeguatamente il diritto penale so-

stanziale e contemplare i reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati informatizzati, i reati connessi con l'informatica, quali le frodi e le contraffazioni operate a mezzo computer, e i reati in relazione al contenuto, come nel settore della pedopornografia. Gli Stati membri dovrebbero assicurarsi che la definizione dei reati connessi con la pedopornografia

Volendo uscire un istante dal campo stretto della tecnica giuridica, non si può non osservare come le società moderne manifestino un atteggiamento contraddittorio verso le nuove tecnologie: per un verso ne declamano i vantaggi e le diffondono il più possibile; per altro verso le vedono come fonte di gravissimi pericoli: si pensi alla disciplina giuridica del cinema, della radio e della televisione.

## 5. I SOGGETTI DELLA COMUNICAZIONE SU INTERNET.

Una ulteriore problematica che occorre esaminare è quella della pluralità di soggetti coinvolti nelle comunicazioni via Internet e la cui esistenza è necessaria perché possano realizzarsi degli illeciti, appunto, via Internet.

In primo luogo è necessario un soggetto che realizzi una rete di telecomunicazione, senza la quale, ovviamente, la comunicazione non è possibile; sono poi necessari almeno uno o più soggetti che consentano, tecnicamente, ad un soggetto di accedere alla rete. Infine vi è il soggetto che pone in essere l'attività illecita contestata.

Poiché in termini fattuali tutti i soggetti concorrono causalmente nell'evento che si suppone lesivo, è necessaria una disamina del ruolo svolto da ciascuno di essi, al fine di verificare se all'elemento materiale può (o deve) aggiungersi anche uno psicologico. Ciò richiede una attenta conoscenza del sistema nei suoi aspetti operativi, ed anche qui impone scelte di valore, come sicuramente è quella di selezionare le ipotesi in base all'esistenza di dolo, di colpa ovvero di responsabilità oggettiva. Per fare un esempio tratto dalla legge italiana sul trattamento dei dati personali (L. 31 dicembre 1996, n. 675, art. 18), quando si qualifica l'attività di trattamento dei dati come « attività pericolosa » per la quale vi è una presunzione di responsabilità civile in caso di danno arrecato a terzi si effettua una precisa scelta di politica del diritto. Così come la si compie nel progetto di Direttiva sul commercio elettronico quando, nella maggioranza dei casi, si esclude la responsabilità del *provider*<sup>9</sup>.

Ciò comporta che nell'elaborare le soluzioni si debba tenere conto, all'interno di ciascuna ipotesi, della posizione specifica di ogni soggetto coinvolto nell'operazione: un profilo del tutto igno-

---

comprenda un'ampia gamma di attività criminali specifiche. Inoltre, gli Stati membri sostengono, ove opportuno, l'inclusione di regole secondo cui possono costituire reati in relazione al contenuto gli atti commessi per mezzo di un sistema informatizzato ».

<sup>9</sup> V. la « Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno » (nella ultima versione del 18 novembre 1999).

rato dal legislatore italiano nelle recente legge (L. 3 agosto 1998, n. 269)<sup>10</sup> che colpisce draconianamente tutti i soggetti coinvolti — ai più diversi livelli — nella diffusione (anche via Internet) di materiale di pornografia minorile.

## 6. RESPONSABILITÀ PENALE O RESPONSABILITÀ CIVILE?

A questo punto risulta chiaro che la scelta della tecnica sanzionatoria con riguardo agli illeciti commessi via Internet coincide in tutto con la determinazione di quali debbano essere gli illeciti via Internet. Ci si può, dunque, soltanto limitare ad una elencazione di problemi aperti:

a) la naturale rapidità delle comunicazioni via Internet impone che le reazioni agli ipotetici illeciti debbano cercare di essere le più rapide possibili. In tal senso già ci si muove attraverso meccanismi di segnalazione telematica e di « *hot lines* »<sup>11</sup>. La questione è quella di attribuire una veste procedurale/processuale a queste nuove forme di intervento.

b) Le forme di tutela preventiva necessariamente finiranno per seguire le caratteristiche tecniche del mezzo al fine di impedire la protrazione o la reiterazione dell'illecito: in tal senso si segnalano diffusi provvedimenti, sia penali che civili, di cancellazione, correzione, distacco di connessione, divieto di accesso o di divulgazione, ovviamente il tutto realizzato per via telematica.

c) La responsabilità civile risarcitoria ha effetti deterreni nei confronti di soggetti dotati di una qualche solidità economica. Come cercare di fare in modo che essi l'abbiano? Una soluzione potrebbe essere — e molti operatori già l'adottano — quella dell'assicurazione contro la responsabilità civile. Ma si può pensare ad un meccanismo di assicurazione obbligatoria e quali riflessi avrebbe sulla libertà di comunicazione via Internet?<sup>12</sup>

d) L'opzione penale — che già di per sé presenta una infinità di questioni con riguardo ad illeciti transnazionali — dipende in larga misura da più generali orientamenti, a favore o contro l'allargamento della sfera criminale. Non si può trascurare, tanto meno in questo settore, il perdurante divario di approccio fra i paesi di *common law* (ed in particolare gli Stati Uniti) e paesi dell'Europa continentale. Nei primi la sanzione penale svolge un ele-

<sup>10</sup> Sul punto rinvio al mio commento *Il corpo del reato. Pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.* 1998, 637.

<sup>11</sup> V. in tal senso l'art.1, comma 4, della già citata « Posizione comune » 27 maggio 1999.

<sup>12</sup> In generale in tema di responsabili-

tà civile v. S. MAGNI-M.S. SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni ed internazionali*, in questa *Rivista* 1997, 61; M. FRANZONI, *La responsabilità del provider*, in *AIDA* 1997, 248; E. TOSI, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI, *op. cit.*, p. 233.



vato (per taluni eccessivo) ruolo deterrente, determinato dal fatto che una volta esaurite le difese sostanziali e di *due process*, l'esecuzione dell'eventuale condanna a pene detentive è quasi sempre certa. Negli altri, le correnti tendenze penologiche insistono sul principio dell'*extrema ratio* e conseguentemente adottano un vasto meccanismo di sospensioni, differimenti, sostituzioni della condanna irrogata.

e) È inutile dire, per concludere queste considerazioni preliminari, che non vi è alcuna antitesi fra tutela « penale » e tutela « civile », che possono tranquillamente coesistere, articolandosi la risposta dello Stato a livelli diversi in considerazione dei vari interessi lesi e delle concrete esigenze di reazione e riparazione.