

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

I RIFLESSI PENALI DEL PERDURARE NEL TEMPO DEI CONTENUTI ILLECITI NEL CYBERSPACE

di Beatrice Panattoni

Lo studio delle componenti tecnologiche che costruiscono la realtà digitale di cui facciamo quotidianamente esperienza può essere condotto su diversi livelli: ci si può soffermare sul funzionamento tecnico dato dalla struttura di software e algoritmi impiegati, oppure sulla percezione che gli individui hanno del risultato dello stesso funzionamento. Tenendo insieme i due punti di vista, una peculiarità che connota l'impiego delle TIC nel Cyberspace, la cui concettualizzazione parte dalla percezione che ne fa il singolo utente, è data dalla particolare dimensione temporale a cui sono soggette le informazioni in rete, destinate ad essere continuamente disponibili e accessibili. Paradossalmente, l'"immaterialità" del supporto tecnico che veicola i contenuti online conduce a quella che è stata definita un'"eternità mediatica". Questa condizione segna inevitabilmente la natura e la vita dei "fatti" che si realizzano nel ciberspazio, andando ad incidere anche sulle interpretazioni giuridiche che se ne danno. Prendendo a riferimento le fattispecie di reato integrate dalla messa a disposizione di un contenuto illecito in rete (in particolare il caso della diffamazione online), si analizzeranno i riflessi penali che il particolare perdurare nel tempo delle informazioni e dei contenuti illeciti nel Cyberspace assume nell'interpretazione giuridica ed applicazione giudiziale di tali fattispecie.

SOMMARIO: 1. Due chiavi di lettura per il digitale. – 2. La persistente disponibilità dei contenuti illeciti *online*. – 3. Gli spunti offerti dalla giurisprudenza in materia di responsabilità penale degli *hosting providers* per il reato di diffamazione *online*. – 3.1. La consumazione del reato di diffamazione realizzato nel *Cyberspace* – 3.2. Il recente contrasto giurisprudenziale. – 4. I limiti della prospettiva "interna": criticità della tesi della pluralità dei reati. – 5. Possibili qualificazioni della fase di perduranza di un contenuto illecito in rete. – 6. Ciò che suggerisce la prospettiva "esterna".

*Che accadrebbe se un giorno o una notte,
un demone strisciasse furtivo nella più solitaria delle tue solitudini
e ti dicesse: "Questa vita, come tu ora la vivi e l'hai vissuta,
dovrai viverla ancora una volta e ancora innumerevoli volte, (...)".*
*Non ti rovesceresti a terra, digrignando i denti
e maledicendo il demone che così ha parlato?*

Friedrich Wilhelm Nietzsche

1. Due chiavi di lettura per il digitale.

Il *Cyberspace* viene identificato oggi quale realtà avente natura non solamente tecnologica, e più precisamente digitale, ma anche sociale, politica ed economica. Tale caratterizzazione è resa possibile dalla complessità della struttura e del funzionamento delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che costituiscono il supporto e la sostanza del *Cyberspace*.

I vari livelli di indagine che si possono adottare nello studio di ciò che avviene *online* evidenziano come sia di primaria importanza l'impostazione metodologica che si decide di adottare. Per ciò che riguarda il diritto penale dell'informatica, uno dei più noti studiosi di *computer crimes*¹ ha mostrato come siano adottabili due diverse prospettive nello studio dei fenomeni criminosi che vengono realizzati in Internet. Secondo l'autore, nell'interpretare ciò che accade nella realtà digitale, si potrà assumere, da una parte, una prospettiva "esterna", che guarda al "*behind the scenes*", alle componenti "materiali" e più strettamente tecnico-informatiche del funzionamento della rete intesa come "*network fisico*"; dall'altra parte, una prospettiva "interna", che intende la rete come "realtà virtuale", secondo quello che è il punto di vista dell'utente, che costruisce la propria esperienza all'interno dell'interazione che si crea tra azioni poste in essere *offline* e/o *online*.

La scelta di leggere i fatti che si realizzano nel *Cyberspace* adottando una lente piuttosto che l'altra conduce a risultati interpretativi molto differenti tra loro, per la natura che caratterizza i due punti di vista. La prospettiva interna costruisce la realtà digitale in termini di continuità rispetto a quella "fisica", ricorrendo allo strumento concettuale dell'analogia e trasponendo le categorie che si sono sempre utilizzate: l'invio di una e-mail non è poi tanto differente dall'invio di corrispondenza tradizionale; l'acquisto di un bene su una piattaforma *e-commerce* coincide con l'acquisto di quello stesso bene in un negozio per strada, e così via. La prospettiva esterna, invece, concentrando sulla particolarità che connota il funzionamento delle TIC, sempre più segnato da ampi margini di autonomia, muove dal riconoscimento della discontinuità tra il *novum* tecnologico e lo stato delle cose che lo ha preceduto². Conseguentemente, la

¹ O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, in *Georgetown Law Journal*, 2003, n. 91, p. 357 ss. Questa distinzione è ricostruita dall'autore per sottolineare come i risultati a cui conduce l'applicazione della legge a fatti verificatisi nel *web* siano altamente condizionati dalla prospettiva che si sceglie di adottare nella risoluzione dei singoli casi. Ad esempio, per l'individuazione del giudice territorialmente competente a decidere di una controversia concernente l'invio di un messaggio minatorio tra due *client* situati in Utah ma tramite un servizio offerto da una piattaforma avente i propri *server* in Virginia, la qualificazione del reato quale federale o meno dipenderà dalla prospettiva interna (dell'utente, secondo cui il reato è stato commesso in Utah) o esterna (del "*network*", secondo cui il reato è stato commesso tra l'Utah e la Virginia) che si decide di adottare.

² A. MORELLI – O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1, pp. 1-24, i quali richiamano le due prospettive di Kerr per sottolineare il ruolo che assumono le metafore nella realtà giuridica e in particolare nei fatti giuridicamente rilevanti che si realizzano nel *Cyberspace*. La stessa giurisprudenza, evidenziano gli autori, ricorre molto spesso a costruzioni metaforiche «in ambiti caratterizzati da un'elaborazione concettuale recente e ancora molto incerta, come è l'ambito di Internet». Questo è il portato della prospettiva

lettura dei fenomeni attraverso questa prospettiva richiede l'elaborazione di categorie innovative, capaci di concettualizzare i diversi cambiamenti che le moderne tecnologie presentano all'interprete. La scelta di quale prospettiva adottare non si presenta quindi quale scelta neutra, ma quale "scelta di valore"³, operata sulla base di come si decide di qualificare e caratterizzare la dimensione creata dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione rispetto ai comportamenti che si realizzano per loro tramite.

Se è opportuno operare una scelta tra le due prospettive interpretative, è in ogni caso dalla loro complementarità che emerge lo stretto legame che unisce l'operare del soggetto tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione ed il "fatto", che concretamente, si realizza attraverso il loro funzionamento; legame che non può che ripercuotersi e riflettersi negli schemi di regolamentazione e qualificazione normativa di questi stessi "fatti". In quest'ottica, quando i comportamenti e "fatti" posti in essere nel Cyberspace integrano o potrebbero integrare ipotesi di reato, occorrerà considerare ed esaminare il ruolo e la rilevanza che le componenti tecnico-informatiche, sempre più connotate da un elevato grado di automazione ed autonomia, assumono nella configurazione o realizzazione della fattispecie criminosa.

2. La persistente disponibilità dei contenuti illeciti *online*.

I comportamenti più frequenti posti in essere nello «spazio pubblico»⁴ della rete sono quelli di caricamento e di diffusione di contenuti della più varia natura (testi, audio, video, immagini, ecc.), sostanzandosi nelle più disparate espressioni del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, la cui natura e configurazione in rete ha fatto molto discutere la dottrina⁵.

interna, che conduce a non pochi rischi, come si cercherà di sostenere nel seguito.

³ *Ibidem*.

⁴ «Internet è sempre più lo spazio nel quale l'individuo si presenta come cittadino, è lo spazio pubblico più visitato al mondo, più frequentato, la principale "*res publica universalis*"», così F.J. ANSUÀTEGUI ROIG, *Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere*, in *Ars interpretandi*, 2017, n. 1, p. 35 ss. Non si prenderanno quindi in considerazione le comunicazioni intersoggettive tra privati, ma i caricamenti di informazioni effettuate in spazi accessibili ad un numero indeterminato di utenti, attraverso l'utilizzo dei servizi offerti da siti d'informazione con sezione commenti, *social network*, *blog* o *forum*.

⁵ Come sostiene J.M. BALKIN, in *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, in *New York University Law Review*, 2004, n. 79-1, la rivoluzione digitale ha un grande impatto sulla libertà d'espressione, non perché ne modifica l'essenza, ma perché piuttosto incide sulle condizioni sociali in cui gli individui esercitano la propria libertà di manifestazione del pensiero, «*and by changing the social condition of speech, they (digital technologies) bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded*». Sul punto vi sono già dei manuali a cui fare riferimento: P. CARETTI – A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Il Mulino, Bologna, 2019; M. BASSINI – M. CUNIBERTI – C. MELZI D'ERIL – O. POLLICINO – G.E. VIGEVANI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019. Per contributi che affrontano il tema si rimanda anche a: O. POLLICINO – T.E. FROSINI – E. APA, *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; ANSUÀTEGUI ROIG, *Libertà di espressione, discorsi d'odio*, cit.; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

Essendo l'esercizio della libertà d'espressione «determinato dalla realtà tecnica del canale attraverso il quale si esprime l'opinione»⁶, le peculiarità che connotano la dimensione del digitale hanno portato alla formazione di nuove modalità di comunicazione, poste in essere nel nuovo ambiente del *Cyberspace*. La dimensione creata dalla realtà digitale, infatti, ha condotto ad un ripensamento del concetto di "spazio pubblico": il ciberspazio si presenta come uno spazio privo di confini, accessibile a tutti, con grandi potenzialità diffusive e sfuggente ai condizionamenti che tradizionalmente hanno vincolato od incanalato le relazioni sociali e politiche⁷. La grande libertà che ha connotato, fin dagli albori, la rete Internet, si è riflessa anche sul ruolo attivo dei singoli che operano al suo interno. Oltre all'elevato grado di apertura al pubblico più svariato, la rete si connota infatti anche per la multiformità delle fonti dei contenuti che vengono veicolati al suo interno. Chiunque nel *Cyberspace* può essere produttore di informazioni e materiali, senza mediazioni di sorta⁸, per di più potendo essere coperto facilmente da anonimato.

Questo scenario, seppur portatore di incredibili opportunità, ha creato anche nuovi spazi di vulnerabilità e nuove forme di violazione dei diritti, facendo «acquisire un nuovo significato al linciaggio, l'infamia e l'esclusione»⁹. La grande forza comunicativa e diffusiva dei contenuti lesivi di diritti altrui in rete ha portato alla luce diverse problematiche connesse ad alcune forme di manifestazione del pensiero, dalla rinnovata valenza dell'*hate speech*¹⁰ alle nuove questioni sollevate dal cyberbullismo¹¹.

In diverse occasioni si deve quindi ricorrere alle tutele offerte dallo strumento penale: la «messa a disposizione» di contenuti illeciti in rete può infatti, a seconda della tipologia di contenuto caricato o diffuso, essere ricondotta a diverse fattispecie di reato (si pensi al nuovo reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui all'art. 612-ter c.p. recentemente introdotto, che si affianca all'ampio novero di reati di pedopornografia e adescamento di minori, od ai c.d. reati di opinione come la diffamazione *online*). È proprio in queste ipotesi che, seguendo i suggerimenti della

⁶ ANSUÀTEGUI ROIG, *Libertà di espressione, discorsi d'odio*, cit., p. 30.

⁷ *Ibidem*.

⁸ P. CARETTI – A. CARDONE, *Diritto dell'informazione*, cit., p. 254 s.; su come è mutata la libertà d'espressione in rete cfr. anche *ex multis*: G. PITRUZZELLA – O. POLLICINO – S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano, 2017; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech*, in *European Law Journal*, 2019, 25, n. 2, pp. 155-168.

⁹ T. CASADEI, *Mondi della vita, rete, trasformazioni del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2017, n. 1, p. 9, il quale richiama R. Brighi (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e prassi*, Roma, 2015, sottolinea come il diritto all'intimità e altre dimensioni della personalità subiscano un alto grado di esposizione nella rete. In questo senso, «Internet ci rende più vulnerabili».

¹⁰ L'*hate speech*, definito dal Consiglio d'Europa come «qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, anti-semitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza», ha trovato nella rete un terreno fertile, sollevando numerose questioni che alimentano tutt'oggi il dibattito politico. Sul punto: V. NARDI, [I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, n. 2, pp. 268-289; e più diffusamente anche L. GOISIS, *Hate crimes: perché punire l'odio. Una prospettiva internazionale, comparatistica e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 1, pp. 2010-2069.

¹¹ M. MANTOVANI, *Profili penali del "cyberbullismo": la l. 71 del 2017*, in *Ind. penale*, 2018, n. 2, pp. 475-486.

prospettiva “interna”, emerge una delle più significative conseguenze della particolare natura tecnologica del *Cyberspace*: la durevole presenza e disponibilità cui è destinato il contenuto che si è deciso di caricare o condividere, resa possibile dalla mediazione dei processi di elaborazione, memorizzazione e trasmissione di dati a cui è sottoposta l’informazione e qualsiasi altro materiale caricato o diffuso. In altre parole, una volta che qualsiasi informazione o materiale venga reso disponibile in rete, rimane accessibile pubblicamente, od alle condizioni stabilite dall’autore o dai sistemi di cui si avvale, per un tempo indeterminato.

L’esperienza di questa nuova temporalità suscita non poche problematiche nei casi in cui il contenuto in questione abbia carattere lesivo di diritti altrui, circostanza che ha portato la dottrina e la giurisprudenza a formulare numerose e diversificate risposte: basti pensare alla ricca elaborazione in tema di diritto all’oblio, a partire dalla famosa sentenza *Google Spain*¹², fino al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali 679/2016 (GDPR), che all’articolo 17 ha espressamente previsto il «diritto alla cancellazione»¹³.

Sono ormai evidenti i forti gradi di pubblicità e diffusività che caratterizzano i contenuti in rete.

La stessa giurisprudenza ha recentemente definito il *Cyberspace* come una “piazza telematica” aperta a tutti, caratterizzata da un’intensa potenza comunicativa e diffusiva, arrivata ad un livello notoriamente così elevato da esonerare dalla necessità di valutazione del concreto pericolo di diffusione per quelle fattispecie che lo richiedono¹⁴.

¹² Corte di giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc.*, il contenuto di tale diritto è stato peraltro ulteriormente specificato in una recente pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione Europea, nella sentenza del 24 settembre 2019, C- 507/17, *Google Inc. e CNIL*. In dottrina, *ex multis*: F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno resp.*, 2014, n. 12, p. 1101 ss.; R. FLOR, *Dalla data retention al diritto all’oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo?*, in *Dir. inf.*, 2014, n. 4-5, p. 775 ss.; D. MINIUSSI, *Il “diritto all’oblio”: i paradossi del caso Google*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, n. 1, p. 209 ss.; S. RICCI, *Le ricadute penali della sentenza della Corte di Giustizia europea sul diritto all’oblio*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3, p. 1247 ss.

¹³ Si tratta di un diritto «a non subire pregiudizi permanenti alla propria reputazione, a ricostruire la propria immagine sociale, a non sopportare una permanente lesione del proprio patrimonio morale e sociale, arginando rischi di una stigmatizzazione perenne», così E. BELISARIO, *Art. 17*, in G.M. Riccio – G. Scorza – E. Belisario (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 183, 2018, p. 208 ss. È un diritto che pone diverse problematiche, soprattutto perché rimane ancora incerto se un dato possa essere completamente e propriamente rimosso dal *web* (sul punto cfr. D. KELLEHER – K. MURRAY, *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, Londra). Rimangono inoltre diverse questioni applicative, in particolare in merito al coordinamento tra diritto alla cancellazione e diritto alla de-indicizzazione per come elaborato dalla giurisprudenza europea (cfr. nota precedente). Questo diritto nasce come risposta a casi in cui la pubblicazione di informazioni riguardanti vicende personali non siano più di interesse pubblico, per cui la richiesta “ad essere dimenticati” si legittima in virtù del lasso di tempo trascorso; della posizione rivestita dall’interessato; della gravità dei fatti cui si fa riferimento nonché dell’importanza sociale degli stessi. Non si tratta quindi di un rimedio per contrastare la perdurante disponibilità di contenuti illeciti in rete. Per ulteriori approfondimenti: A. RICCI, *I diritti dell’interessato*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Torino, 2017, p. 195 ss.

¹⁴ Così le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 51815 del 15 novembre 2018 in materia di reato di produzione di materiale pedopornografico *ex art. 600-ter c. 1 c.p.* Sul punto cfr. L. Picotti, *La*

Tale peculiare dimensione ha delle evidenti ripercussioni sull'offensività delle condotte criminose che mettono a disposizione e quindi «diffondono» contenuti lesivi di diritti altrui: per il persistente protrarsi nel tempo non potrà che risultare aggravata¹⁵.

La questione che emerge da tali considerazioni, e che costituirà oggetto della presente indagine, è dunque se la persistenza del contenuto illecito in rete possa o debba assumere una qualche autonoma rilevanza giuridica nella configurazione del fatto di reato che viene a realizzarsi.

Conseguentemente, si indagherà quale ruolo debbano ricoprire i soggetti che detengono la "gestione" del trattamento dei contenuti che viaggiano *online*, ossia gli *hosting providers* (di seguito anche *providers*)¹⁶. Il periodo che segue la «messa a disposizione» in rete di un contenuto è infatti di competenza di questi attori, gli unici in grado di intervenire rimuovendo un determinato contenuto dalla propria piattaforma o impedendo l'accesso allo stesso.

Il ruolo che stanno assumendo oggi i grandi intermediari è sempre più determinante: essi, detenendo la vastissima mole di dati messa a loro disposizione, sono in grado di incidere direttamente sulle forme di violazione come di protezione dei diritti degli individui nel *Cyberspace*¹⁷. Peraltro, la forza performante dell'architettura tecnologica di Internet¹⁸ ha condotto ad un'era dell'informazione in cui Internet è gestito e controllato da una «*corporate governance multi-stakeholder*» di fatto diretta, viste le sempre più frequenti acquisizioni degli operatori più deboli sul mercato da parte dei più forti¹⁹, da un *network* delle multinazionali della comunicazione informatica e telematica²⁰. Tali *web companies*, non potendo più essere qualificate quali meri *gatekeepers*²¹, svolgono oggi un ruolo attivo nella gestione dei dati e trattamenti in rete, contando su ampi margini di discrezionalità²², sulla base dei quali si trovano spesso a dover o poter

pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa, in *Diritto di Internet*, 2019, n. 1, pp. 177 ss.

¹⁵ In questo senso anche F. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, p. 331 ss.

¹⁶ Gli *hosting providers* sono i prestatori di servizi di memorizzazione in rete, i gestori delle diverse piattaforme *online*. La definizione è rinvenibile all'art. 16 d.lgs. n. 70/2003: «prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio». Non si prenderà in considerazione, per esigenze di brevità, il particolare caso delle testate telematiche.

¹⁷ S. PIETROPAOLI, *la rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars interpretandi*, 2017, n. 1, p. 70 s.

¹⁸ Ormai celeberrima è l'espressione «*code is law*», coniata da Lawrence Lessig (*Code 2.0*, New York, 2006), secondo cui le architetture informatiche di Internet contengono già codici normativi di auto-organizzazione in grado di determinare le regole per l'accesso e l'utilizzo delle informazioni in rete.

¹⁹ P. CARETTI – A. CARDONE, *Diritto dell'informazione*, cit., p. 266.

²⁰ E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto*, cit., p. 17 s.

²¹ Cambiamento già reso evidente con il passaggio al web 2.0. (così definito da Tim O'Reilly in [What is Web 2.0? Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software](#), in O'Reilly, 30 settembre 2005), con il quale il web si è evoluto «*from a passive medium into a platform, from a released and finished package into a constantly changing, dynamic "permanent beta"*», così A. SAVIN, *EU Internet Law*, Northampton, 2017, p. 4.

²² M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Studi di Diritto Pubblico, *open access*, 2018, p. 213 ss.

decidere se qualificare un determinato contenuto quale accettabile o meno, illecito o meno, nonché con quali modalità e tempi rimuoverlo. Lo sviluppo della rete secondo le logiche di mercato a cui rispondono questi operatori, che oggi controllano e personalizzano le informazioni che raggiungono il singolo utente (ad esempio con profilazioni strumentali alle strategie di *marketing*), ha accresciuto sempre più la rilevanza della loro posizione, manifestandosi nell'esercizio di un potere che secondo alcuni è "normativo" perché «in grado di influenzare le ragioni di azione delle persone e, soprattutto, di incidere su come queste ragioni si stabilizzano in un certo ordine normativo istituzionale»²³. Bisogna infatti considerare che – come suggerisce la prospettiva "esterna" – gli interventi che vanno a incidere sul funzionamento tecnologico delle componenti tecnico-informatiche del ciberspazio ripercuotono i propri effetti sulle esperienze che i singoli fanno – secondo la propria prospettiva "interna" – tramite lo stesso strumento digitale²⁴.

La responsabilizzazione anche penale dei grandi intermediari potrebbe fondarsi quindi sull'eventuale attribuzione di rilevanza giuridica al periodo di perduranza dell'informazione e dei materiali in rete, senza che una simile interpretazione sfoci in forme di eccessiva criminalizzazione, le quali potrebbero avere conseguenze inaccettabili. Gli *hosting providers*, infatti, laddove si prospettasse la possibilità di ritenerli penalmente responsabili per ogni tipo di contenuto illecito caricato dai propri utenti, potrebbero operare una censura preventiva o una rimozione successiva probabilmente troppo serrata ed estesa, andando ad incidere eccessivamente così sul diritto alla libertà d'espressione²⁵.

3. Gli spunti offerti dalla giurisprudenza in materia di responsabilità penale degli *hosting providers* per il reato di diffamazione online.

L'occasione per l'esame del quesito sopra posto è offerta da un recente contrasto giurisprudenziale riguardante la configurabilità della responsabilità penale degli *hosting providers* per concorso nel reato di diffamazione commesso da un utente. A partire dall'analisi di tale contrasto, dunque, si cercheranno di delineare le diverse soluzioni interpretative prospettabili.

Dovendo tralasciare, per esigenze di brevità, la complessa ricostruzione delle numerose questioni che solleva in generale la configurabilità di una responsabilità

²³ M. THOMPSON, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2016, 18, n. 4, p. 797 ss. Il potere degli *Internet intermediaries* può definirsi quale "normativo", secondo l'autore, perché riposa su una specifica base normativa: «l'autorità degli intermediari quali *designers* di artefatti tecnologici». Le decisioni che prendono o si astengono dal prendere questi operatori possono fondamentalmente alterare il *medium* e quindi il messaggio stesso, ossia la struttura e il contenuto delle informazioni che impartiamo e riceviamo.

²⁴ *Ibidem*; O. KERR, *The Problem of Perspective*, cit., p. 357 ss.

²⁵ V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale*, cit., p. 25 s., la quale sottolinea come eccessive criminalizzazioni altererebbero i comportamenti e le preferenze degli utenti, nonché le strategie commerciali delle piattaforme, con forti ripercussioni sul piano economico.

penale degli *hosting providers* in caso di contenuti illeciti caricati dai propri utenti²⁶, basti qui evidenziare come, secondo la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza²⁷, gli intermediari non possano essere ritenuti penalmente responsabili per non aver impedito il caricamento e la pubblicazione di un contenuto illecito in rete, ma solamente per il mancato adempimento dell'obbligo di rimozione ex art. 16 d.lgs. n. 70/2003, e quindi per aver tenuto una condotta omissiva successiva al caricamento.

In particolare, nella giurisprudenza della Cassazione che si è occupata della configurabilità di una responsabilità penale dell'*hosting provider* in materia di diffamazione *online*, vanno segnalati due diversi orientamenti, espressi in recenti pronunce.

Tuttavia, prima di entrare nel merito di detti orientamenti, occorre ricostruire il preliminare punto di partenza da cui dev.e muovere il successivo ragionamento. Si delineerà, quindi, per brevi cenni, in quale momento, secondo l'orientamento maggioritario, il reato di diffamazione in rete si considera consumato.

3.1. La consumazione del reato di diffamazione realizzato nel Cyberspace.

Il reato di diffamazione *online* configura l'ipotesi aggravata disciplinata dal comma 3 dell'art. 595 c.p., dal momento che la rete Internet viene concordemente fatta rientrare nella definizione di «mezzo di pubblicità»²⁸.

²⁶ A partire dalla questione relativa all'individuazione di una posizione di garanzia in capo a questi soggetti. Questione sulla quale la dottrina diverge: cfr. *ex multis*, valorizzando le specifiche prescrizioni in materia di vigilanza e prevenzione della diffusione di materiali pedopornografici in rete, L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 4, p. 504 ss.; ID., *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, n. 11, pp. 1207 ss.; più in generale R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, 2010, Padova, p. 457 ss.; V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, in L. Picotti (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 183 ss.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 5, p. 660 ss.; *contra*: S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform.*, 1998, n. 4-5, p. 745 ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inform.*, 2001, n. 17, 2, p. 145 ss.; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2001, n. 2, p. 586 ss.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, Jovene, 2004, p. 178; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti di Internet*, in *Giur. merito*, 2004, n. 9, p. 1922 ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in L. Luparia (a cura di), *Internet provider e giustizia penale*, Milano, 2012, p. 47 ss.; A. MANNA – M. DI FLORIO, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provider*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, Utet Giuridica, 2019, p. 909 ss. In giurisprudenza cfr. anche: [Cass. pen., 20 marzo 2019, n. 12546](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 17 maggio 2019, con osservazioni di C. PAGELLA.

²⁷ Per la dottrina cfr. nota precedente. Per la giurisprudenza basti qui richiamare per tutte la famosa sentenza relativa al caso *Google v. Vividown*, Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Giur. It.*, 2014, n.8-9, p. 2016 ss. (con nota di A. MACRILLÒ).

²⁸ La giurisprudenza è conforme nel ritenere Internet, in virtù della sua potente diffusività e pubblicità,

Per quanto concerne l'individuazione del momento consumativo, si possono riscontrare diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, il cui punto di disaccordo si concentra nella valutazione della necessità o meno del requisito della "percezione" effettiva del contenuto diffamatorio da parte di soggetti terzi.

Secondo una parte della dottrina²⁹, imperniandosi la fattispecie della diffamazione sull'elemento della «comunicazione con più persone», essa richiede ai fini della consumazione l'instaurarsi di un «rapporto comunicativo» con una pluralità di estranei, ma non la prova della "percezione effettiva" del contenuto da parte di più soggetti. Di conseguenza, nell'ipotesi comune di cui al 1° comma dell'art. 595 c.p., si potrà certamente avere una «comunicazione» allorché si verifichi l'effettiva percezione del messaggio dell'autore da parte dei destinatari o di soggetti terzi, conclusione alla quale giunge anche quella diversa tesi dottrinale³⁰ che configura il reato di diffamazione come reato di evento naturalistico c.d. «immateriale» o «psicologico»³¹, coincidente per l'appunto nella «percezione» delle parole da parte dei terzi.

Tuttavia, se l'"effettiva percezione" viene ritenuta da entrambe le teorie requisito sufficiente alla consumazione del reato, la divergenza emerge nel ritenere o meno tale elemento anche come necessario, in particolare nell'ipotesi di diffamazione aggravata di cui al 3° comma.

Secondo il primo orientamento dottrinale sopra descritto – secondo cui la consumazione coincide con l'instaurarsi del "rapporto comunicativo" – la comunicazione integrante diffamazione realizzata nel *web*, così come attraverso qualunque altro *mass media*, si sostanzia in una comunicazione al pubblico³². Per tale

elemento compreso all'interno della definizione «*qualsiasi altro mezzo di pubblicità*» legittimante l'applicazione della fattispecie aggravata del reato di diffamazione ex art. 595 c. 3 c.p. In questo senso: Cass. pen., 27 dicembre 2000, n. 4741, in *Crit. dir.*, 2000, p. 504 ss.; Cass. pen., 15 marzo 2011, n. 16307, in *Guida al diritto*, 2011, 24, p. 71 ss.; Cass. pen., 21 dicembre 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4315 ss.; Cass. pen., primo febbraio 2017, n. 4873, in *Foro it.*, 2017, p. 251 ss., secondo quest'ultima in particolare: «Facebook è una modalità di comunicazione di un contenuto informativo, suscettibile di arrecare discredito alla reputazione altrui con la capacità potenziale di raggiungere un numero indeterminato di persone».

²⁹ L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inform.*, 1999, p. 297 ss., il quale richiama quale utile riscontro sistematico le definizioni di «comunicazione» e «diffusione» fornite dal Codice privacy, rintracciabili ora (nella stessa formulazione) all'art. 2-ter c. 4 lett. a) e b). Nello stesso senso: CATULLO, *Diffamazione telematica*, cit., p. 3969 s.; S. TABARELLI DE FATIS, *Prospettive di riforma del delitto di diffamazione, con particolare riferimento alla diffamazione online*, in L. Picotti (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, Cedam, 2013, p. 220.

³⁰ In dottrina, per tutti: P. NUVOLONE, *L'evento e il dolo nella diffamazione*, in *Riv. it dir. pen.*, 1949, p. 573 s.; A. NAPPI, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I. Delitti contro la persona*, VII ed., Padova, Cedam, 2019, p. 258 ss. In giurisprudenza, per tutti: Cass. pen., 21 dicembre 2010, n. 2739, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4315 ss.; Cass. pen., 26 maggio, n. 31563, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1072 ss.

³¹ Per le criticità di tale teoria dottrinale si rimanda a L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 110 ss.

³² Come specifica infatti S. TABARELLI DE FATIS, in *Prospettive di riforma*, cit., p. 220, quando si tratta di comunicazione svolta con mezzi di pubblicità, compreso il mezzo stampa, «una volta che il contenuto diffamatorio sia stato reso disponibile presso il pubblico, (...), il reato potrà ritenersi consumato senza alcuna necessità di richiedere che almeno due persone abbiano in concreto percepito quello stesso contenuto».

considerazione, dunque, la perfezione del reato coincide con il momento della «messa a disposizione» dei dati in rete, che prescinde dall'effettiva percezione del contenuto da parte di singoli soggetti terzi, la quale si può ritenere presunta in virtù della particolare natura dello strumento tecnico utilizzato, caratterizzato da un elevato grado di pubblicità e diffusività. Il contenuto diffamatorio caricato in rete infatti – quando si tratta di caricamenti effettuati in “spazi pubblici” come siti, *blog*, *forum* o *social network* – viene reso accessibile ad un pubblico di utenti fin dal momento dell'immissione dei dati.

La diversa tesi che configura il reato di diffamazione come reato di evento, invece, ritiene necessaria, anche per la perfezione della diffamazione nel *web*, l'effettiva “percezione” del contenuto illecito da parte di soggetti terzi³³. Tuttavia, occorre evidenziare che, a proposito del reato di diffamazione a mezzo stampa, proprio l'autorevole posizione espressa dal Nuvolone giungeva a risultati pratici equivalenti a quelli sostenuti dalla diversa tesi dottrinale sopra ricostruita. L'autore rilevava infatti che con la speciale tipizzazione dell'ipotesi più gravemente sanzionata di cui all' art. 13 legge 8 febbraio 1948, n. 47, costituita dalla commissione del delitto di cui all' art. 595 c.p. “col mezzo della stampa”, in quanto strumento intrinsecamente diffusivo, si dovesse ritenere il reato consumato nel momento stesso della formale “pubblicazione” dell'opera, secondo la specifica disciplina dettata in materia, senza necessità di prova dell'effettiva lettura dello stampato da parte di singoli soggetti terzi³⁴.

Anche se il formante giurisprudenziale maggioritario configura il reato di diffamazione quale reato di evento, non è concorde in merito all'individuazione del momento di consumazione della diffamazione commessa nel *Cyberspace*, rispetto a cui si registrano diversi orientamenti.

Vi sono pronunce che, sposando il primo orientamento dottrinale sopra riportato, ritengono la diffamazione *online* perfezionata nel momento della «immissione» del contenuto in rete³⁵, in virtù della particolarità del mezzo comunicativo utilizzato. Secondo questa parte della giurisprudenza si può presumere fino a prova

³³ Individuata nel momento in cui il collegamento internet viene attivato e il dato percepito, così E. PERUSIA, *Giurisdizione italiana anche per le offese online su un sito straniero*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1835 ss.

³⁴ Secondo l'autore, essendo la comunicazione a mezzo stampa destinata al pubblico, diventa conseguentemente impossibile dimostrare che nessuno venga a conoscenza della notizia diffamatoria, ferma restando solo la necessità di effettiva “distribuzione al pubblico”, così P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, 1971, Padova; sul punto cfr. anche T. PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi con il mezzo della stampa*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1971, p. 800 ss.; ad analoghe conclusioni sono poi giunte sia la dottrina che la giurisprudenza a proposito della diffamazione realizzata con il mezzo della radio e della televisione, facendo leva sulla disciplina di cui all' art. 30 legge 6 agosto 1990, n. 223, sul punto cfr. L. FIORAVANTI, voce *Televisione, stampa e editoria. I reati televisivi*, in *Dig. Discipline penalistiche*, 1999, Milano; M.G. ROSA, *Sulla competenza per territorio per la diffamazione attraverso trasmissioni radiofoniche o televisive*, Osservazioni a *Cass. sez. I pen.* 13 dicembre 1996, in *Cass. pen.*, 1998, n. 1, pp. 130-132; A. MEREU, *La diffamazione a mezzo stampa e a mezzo televisione: disciplina attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 11, pp. 1410-1418; S. TABARELLI DE FATIS, in *Prospettive di riforma*, cit., p. 220.

³⁵ *Cass. pen.*, 21 giugno 2006, n. 25875, in *Dir. internet*, 2007, p. 166 ss.; *Cass. pen.*, 04 aprile 2008, n. 16262, in *Riv. Polizia*, 2009, n. 3, p. 180 ss.; *Cass. pen.*, 21 dicembre 2010, n. 2739, cit. In dottrina cfr. C. CURRELI, *La diffamazione su facebook, tra diritto sostanziale e profili probatori*, nota a *Cass. pen.*, Sez. V, 13 luglio 2015, n. 8328, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, n.1, p. 189 ss.

contraria la diffusione della notizia per il solo fatto che la stessa sia stata caricata in rete, dovendo applicarsi anche ai casi che coinvolgono siti *web* il principio secondo cui, quando una notizia risulta immessa nei mezzi di comunicazione di massa, «la sua diffusione, secondo un criterio che la nozione stessa di “pubblicazione” impone, deve presumersi, fino a prova del contrario»³⁶.

Secondo un'altra parte della giurisprudenza, anche nel caso di contenuti diffamatori caricati in rete, il reato si consuma solo nel momento in cui tali contenuti siano effettivamente percepiti da soggetti terzi³⁷. La persistenza di un simile criterio anche nel contesto del *Cyberspace* è da ritenersi tuttavia l'opzione interpretativa meno preferibile, poiché non tiene in dovuto conto le peculiari e incisive caratteristiche del mezzo di comunicazione utilizzato, contraddistinto da un immediato e alto grado di pubblicità³⁸.

Vi è, infine, un terzo orientamento giurisprudenziale che, riprendendo il primo, ne articola più dettagliatamente le conclusioni. Secondo queste pronunce, la diffamazione commessa in rete si consuma nel momento in cui il «collegamento viene attivato»³⁹, poiché i momenti della immissione del contenuto in rete e della cognizione dello stesso, se non sono assolutamente contestuali, sono legati da una forte «prossimità temporale», a meno che l'interessato non provi il contrario.

Accostando dunque le tesi elaborate dagli orientamenti prevalenti, si può concludere che, una volta che il collegamento sia attivato e i pacchetti di dati rappresentanti espressioni lesive dell'onore altrui vengano resi disponibili al pubblico sui *server* della piattaforma, l'*iter criminis* si debba ritenere concluso ed il “fatto tipico” consumato, non comprendendosi al suo interno la fase di successiva persistenza dell'informazione illecita in rete.

Collocandosi dopo la consumazione del reato, dunque, la perdurante accessibilità del contenuto illecito in rete dovrebbe essere qualificata, nel caso in cui venga considerata quale risultato di un comportamento successivo – in questo caso di natura omissiva⁴⁰ – quale postfatto non punibile; oppure, nel caso non venga attribuita

³⁶ Cass. pen., 25 luglio 2006, n. 25875, in *Dir. internet*, 2007, p. 166 ss., secondo la quale, dal momento che l'accesso ai siti web è solitamente libero e frequente «la immissione di notizie o immagini “in rete” integra l'ipotesi di offerta delle stesse *in incertam personam* e dunque implica la fruibilità da parte di un numero solitamente elevato (ma difficilmente accertabile) di utenti».

³⁷ Cass. pen., 21 febbraio 2008, n. 36721, in CED 242085; Cass. pen., 21 luglio 2015, n. 31677 in CED 264521; Cass. pen., 13 maggio 2019, n. 20545, in *De Jure*.

³⁸ Si tratta in effetti di pronunce che sposano la criticata ipotesi interpretativa più che altro per ragioni connesse all'individuazione della giurisdizione nazionale in caso di contenuto diffamatorio caricato da soggetto operante all'estero. La giurisprudenza, in alcuni casi, ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice italiano in quanto l'evento «psicologico» della percezione del messaggio da parte di terzi si verifica sul territorio nazionale. Sul punto cfr. anche Cass. pen., 17 dicembre 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1832 ss.; in dottrina: R. FLOR, *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, p. 155 s.; R. LOTIERZO, *La competenza territoriale per la diffamazione online*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 12, p. 4315 ss.

³⁹ Cass. pen., 21 giugno 2006, n. 25875, in CED 234528; Cass. pen., 4 aprile 2008, n. 16262, in *De Jure*, Cass. pen., 29 maggio 2015, n. 38099, in CED 264999. In dottrina: R. FLOR, *La legge penale nello spazio*, cit., p. 157 s.

⁴⁰ Si farebbe in questo modo coincidere la permanenza con «il volontario comportamento del titolare del

alcuna autonomia concettuale a tale fase, essa andrebbe a coincidere semplicemente con gli effetti “materiali” del reato consumato⁴¹.

3.2. Il recente contrasto giurisprudenziale.

Venendo ora all’esame dei due orientamenti⁴² di cui si è accennato all’inizio del paragrafo; nella prima sentenza⁴³, la Corte ha ritenuto responsabile a titolo di concorso omissivo il legale rappresentante di una società gerente un sito internet sul quale era stato pubblicato, da parte di un soggetto terzo, un commento avente natura diffamatoria. La condotta omissiva rimproverata al legale rappresentante constava nell’aver consapevolmente mantenuto il contenuto diffamatorio *online* e consentito «che lo stesso esercitasse l’efficacia diffamatoria», pur avendone avuto conoscenza in un momento anteriore all’ordine di sequestro del sito.

Anche se la pronuncia risulta in parte incoerente, parlando, da un lato, di «efficacia diffamatoria», e dall’altro, di «condotta diffamatoria protratta», la corretta costruzione dogmatica che permette di ritenere responsabile il gerente del sito Internet per concorso nel reato di diffamazione commesso da un suo utente, richiede che venga compresa all’interno dei confini del fatto tipico – contrariamente all’orientamento maggioritario sopra ricostruito – anche la fase di perdurante disponibilità del commento sul sito *web*, non ritenendo cioè che il reato di diffamazione *online* possa dirsi sostanzialmente “esaurito” con il solo caricamento dell’informazione in rete.

In dottrina sono state avanzate diverse ricostruzioni in risposta a tale orientamento. Vi è chi ha sostenuto, cercando di far salva la soluzione adottata dalla Corte, che, con la condotta di mantenimento del contenuto illecito, successiva all’acquisizione dell’effettiva sua conoscenza, il gestore del sito Internet «di fatto *fa proprio* – quello stesso contenuto – e si rende anch’egli colpevole del reato di diffamazione»⁴⁴. Altri hanno fatto ricorso alla figura della *pluralità di reati*, «integrati dalla ripetuta trasmissione del dato e riuniti in continuazione»⁴⁵; costruzione che tuttavia

sito, ossia del soggetto che in concreto ha il potere di modificarne i contenuti», in questo senso S. TABARELLI DE FATIS, *Prospettive di riforma*, cit., p. 221.

⁴¹ Cfr. tesi proposta da A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 12, p. 1621 ss.

⁴² Si segnala, per completezza, una terza pronuncia, la sentenza della Corte di Cassazione penale n. 2929 del 22 gennaio 2019, dalla quale emerge che l’imputato, gestore di un *blog* ospitante commenti di natura diffamatoria, era stato ritenuto, in sede di appello, penalmente responsabile a titolo di concorso morale per tali commenti in virtù dei filtri apposti sui commenti, i quali sono stati ritenuti elemento sufficiente per l’accertamento dell’elemento soggettivo del dolo. In commento alla sentenza cfr. A. BENEVENTO, *L’apposizione di filtri ai commenti degli utenti non esclude il concorso del blogger nella diffamazione*, in *Diritto di Internet*, 2019, n. 1, pp. 155 ss.

⁴³ Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Foro it.*, 2017, p. 251 ss.

⁴⁴ V. PEZZELLA, *Diffamazione sui social network: il gestore del sito deve rimuovere i contenuti?*, in “Web & Tech”, 15 marzo 2017.

⁴⁵ C. CURRELI, *La controversa responsabilità del gestore di un sito web, in caso di diffamazione commessa da terzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, n. 5, p. 1648 ss.

collide con la realtà fenomenologica, dal momento che risulta difficile configurare un'azione umana ripetuta nel tempo quando è il sistema informatico a determinare questi effetti di permanenza e continuazione⁴⁶. Un'ultima ipotesi interpretativa configurerebbe l'illecito che avviene su Internet quale «illecito permanente, essendovi una permanente ritrasmissione del dato, senza la possibilità del danneggiato d'impedirlo, sicché la legge richiede al *provider* un intervento diretto per impedire la *continuativa consumazione del reato*»⁴⁷. Secondo quest'ultima ricostruzione, nel momento in cui il *provider* sia reso edotto che attraverso il suo *server* si sta realizzando un comportamento lesivo permanente, «egli concorre nel fatto altrui se non interrompe la visibilità del messaggio illecito, rimuovendo il dato informatico in questione o bloccando l'accesso allo stesso»⁴⁸.

In senso contrario, altri autori hanno evidenziato come il risultato a cui giunge la Corte non possa condividersi. Ribadendo, infatti, che la consumazione del reato di diffamazione *online* si realizza nel momento della (prima) pubblicazione in rete del contenuto, l'obbligo di impedimento, sul quale si fonda il giudizio di responsabilità concorsuale, verrebbe in essere in un momento successivo a quello della consumazione del reato che è diretto ad impedire, scardinando in questo modo l'intera costruzione della fattispecie⁴⁹.

La tesi della pluralità di reati, che ravvisa nella continua «ritrasmissione» del dato ulteriori azioni delittuose, è stata di recente ripresa nella seconda pronuncia che qui si vuole esaminare⁵⁰. Con questo secondo orientamento la Corte esclude la configurabilità di un concorso omissivo del *provider* nel reato commissivo dell'utente, sia per mancanza di una posizione di garanzia in capo al gestore del sito⁵¹, sia perché, come si è evidenziato, un eventuale omesso impedimento del reato si realizzerebbe in una fase successiva al momento di consumazione del reato di diffamazione *online*.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ F. BUFFA, *Responsabilità del gestore di sito internet – Nota a margine della sentenza di Cassazione n. 54946*, 9 gennaio 2017, in *Questione Giustizia*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ C. CURRELI, *La controversa responsabilità*, cit., p. 1648 s.; A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 12, p. 1621 ss. Critici sul contenuto della sentenza qui in esame anche A. MANNA e M. DI FLORIO, i quali, in *Riservatezza e diritto alla privacy*, cit., p. 909 ss., si soffermano in particolare su due criticità della pronuncia. Gli autori sottolineano come: (i) rimanga una «vaghezza» in relazione alla fonte dell'eventuale obbligo di impedimento degli effetti dell'altrui reato individuato dalla Corte, non essendo *de jure condito* individuabile; (ii) non sembri ricavabile un necessario approfondimento sul grado di intensità dell'elemento soggettivo del *provider*, che sembra poter essere solo potenziale anziché «qualificato», ossia subordinato alla ricezione di un relativo ordine di rimozione del contenuto illecito da parte delle autorità.

⁵⁰ Cass. pen., 20 marzo 2019, n. 12546, cit.

⁵¹ Un ulteriore contrasto giurisprudenziale è emerso sul punto: se infatti la sentenza della V Sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato espressamente che non è riconoscibile una posizione di garanzia in capo all'ISP; la I Sezione civile, nella sentenza n. 7708 del 19 marzo 2019 (in *Dir. inf.*, 2019, n. 1, p.152 ss.) ha affermato espressamente che «l'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003 fonda una cd. posizione di garanzia dell'*hosting provider*, che, se per definizione è indispensabile alla stessa originaria perpetrazione dell'illecito del destinatario, ne diviene giuridicamente responsabile solo dal momento in cui gli possa essere rimproverata l'inerzia nell'impedirne la protrazione».

Per la risoluzione del caso si è quindi fatto ricorso alla figura della pluralità di reati, statuendosi che il *blogger* abbia posto in essere, rispetto all'utente, *altre e successive condotte di diffamazione*, integrate dall'aver consentito l'ulteriore divulgazione delle notizie diffamatorie con consapevole adesione e condivisione di tali contenuti, che in qualche modo "*fa propri*".

La giurisprudenza di legittimità non sembra dunque attribuire all'intermediario una condotta di natura omissiva, ma individua nel suo operato una condotta attiva tipica.

4. I limiti della prospettiva "interna": criticità della tesi della pluralità dei reati.

La ricostruzione giurisprudenziale elaborata nella seconda pronuncia pone però qualche dubbio, dal punto di vista sia naturalistico sia normativo. Sotto il primo profilo, risulta difficoltoso individuare, a livello fenomenologico, diverse condotte attive, quando, secondo una "prospettiva esterna"⁵², la continua trasmissione dei dati è riconducibile solamente all'azione dei *software* che costituiscono il funzionamento tecnico della rete Internet. Bisogna brevemente considerare cosa accade, in un tradizionale sistema *client-server*⁵³: l'insieme dei pacchetti di dati codificati, che coincidono con l'informazione che l'utente vuole rendere disponibile *online*, vengono inviati, passando attraverso i diversi intermediari tecnici che permettono il collegamento in rete⁵⁴, dal *client* al *server* del gestore della piattaforma, e qui rimangono memorizzati, accessibili e disponibili a qualunque altro *client* invii una richiesta allo stesso *server*. Tutto ciò che succede dopo l'"azione" della «messa a disposizione» (la digitalizzazione del contenuto e il "click") è quindi riconducibile ad una automatica, automatizzata (nonché autonoma) azione dei sistemi informatici che costituiscono il *Cyberspace*.

Sotto il profilo normativo, invece, il ricorrere all'opzione interpretativa della pluralità di reati si tradurrebbe nel "frazionamento normativo" in più segmenti di una condotta che naturalisticamente appare unitaria, destinando ciascuno di essi ad essere parte di un successivo reato concatenato al precedente⁵⁵.

⁵² Cfr. paragrafo 1.

⁵³ Caso diverso è quello dei sistemi *peer to peer* (P2P), il quale meriterebbe separata trattazione. Qui infatti viene a mancare o diventa minima la dipendenza dall'infrastruttura dei *server*. Nei sistemi P2P ci sono coppie di *host* connessi in modo intermittente (*peer*) che comunicano direttamente l'uno con l'altro, essi non sono fornitori di servizi, ma computer fissi e portatili controllati direttamente dagli utenti. Cfr. J.F. KUROSE – K.W. ROSS, *Reti di calcolatori e Internet. un approccio top-down*, VII ed., 2017, Milano, p. 135 ss.

⁵⁴ Si tratta degli *Internet service provider* (ISP) di accesso, che permettono l'accesso alla rete; gli ISP regionali e gli ISP di primo livello (i fornitori di servizi, come ad esempio Google). Cfr. J.F. KUROSE – K.W. ROSS, *Reti di calcolatori*, cit., p. 30 ss.

⁵⁵ Operazione interpretativa criticata dalla dottrina in occasione delle derive giurisprudenziali adottate in materia di reato di lesione personale colposa, consistente nella causazione di una malattia professionale. Cfr. B. ALBERTINI *La consumazione del reato di lesione personale colposa nella giurisprudenza sulle malattie professionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 600.

Risulta quindi arduo imputare al *provider* il compimento della condotta tipica richiesta dal reato di diffamazione: l'unica azione attribuibile allo stesso, nella maggioranza dei casi, coincide con la preliminare messa a disposizione del supporto tecnico tramite il quale l'utente pone in essere la condotta tipica. Inoltre, anche nel caso in cui si voglia ricondurre l'operare automatizzato e autonomo dei *software* ad un'"azione" del *provider*, la stessa, dal momento che solo millesimi di secondo la separano dalla richiesta inviata dal *client* al *server*, sarebbe assolutamente contestuale al caricamento del contenuto (*upload*) da parte dell'utente, non potendosi considerare in ogni caso da sola sufficiente a integrare la figura di reato in questione, perché si inserisce piuttosto con la valenza di contributo attivo in una catena di operazioni cui ha dato avvio la prima azione dell'utente⁵⁶.

Tuttavia, anche quest'ultima prospettazione non convince, proprio in virtù dell'operare automatizzato delle componenti tecnico-informatiche.

Il comportamento tenuto dal prestatore di servizi dopo il caricamento di un dato in rete, sia che lo si qualifichi quale condotta integrante un'autonoma fattispecie di reato, sia che lo si valuti quale contributo concorsuale, non potrà essere ritenuto di natura attiva, ma piuttosto omissiva. La Corte stessa, nel descrivere la condotta del *blogger*, afferma che lo stesso «consente l'ulteriore divulgazione del contenuto». Proprio tale ultimo elemento, «consenso nella divulgazione» o «consapevole adesione o condivisione», sembra più che altro integrare una condotta accessoria di natura omissiva, sorretta da un evidente dolo di partecipazione.

Non potendo riportare in tale sede, per ragioni di brevità, il contrasto dottrinale e giurisprudenziale attinente al riconoscimento di una posizione di garanzia in capo ai *providers*⁵⁷, ci si limiterà qui ad evidenziare che, laddove si ritenesse di aderire all'orientamento che riconosce tale posizione in capo ai prestatori di servizi in rete, l'ipotesi del concorso omissivo dell'intermediario nel reato commissivo dell'utente sembrerebbe rappresentare la ricostruzione giuridica preferibile, sia in quanto maggiormente aderente alla fenomenologia dei fatti, sia per la circostanza che si è di fronte ad un'unicità d'offesa, nella cui realizzazione e protrazione si inserisce la condotta del *provider*⁵⁸. Secondo tale interpretazione, il *blogger*, laddove si accerti una sua

⁵⁶ Sarebbe più propriamente qualificabile, infatti, quale contributo atipico di partecipazione o agevolazione, piuttosto che quale condotta tipica integrante diverso reato. In ogni caso, non potranno individuarsi nel caso di specie una pluralità di azioni tipiche, sia che si guardi al "fatto" di reato dal punto di vista della concezione naturalistica, sia che lo si guardi dal punto di vista della concezione normativa – descrivendo la norma dell'art. 595 c.p. un accadimento caratterizzato da unità "naturale". A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951; P. NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 1085 ss.; C. PEDRAZZI, *Concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1988, p. 663 s.; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Discipline penali*, Aggiornamento, Milano, 2000; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 10° ed., p. 461 s.

⁵⁷ Cfr. nota n. 29.

⁵⁸ Secondo la lettura che individua il contributo nell'efficienza causale della condotta rispetto alla produzione dell'offesa tipica di un reato data da C. PEDRAZZI, *Concorso di persone*, cit., p. 80, letta secondo le successive interpretazioni che inseriscono pur sempre il contributo "atipico" all'interno dei limiti delineati dalla nuova fattispecie plurisoggettiva eventuale, cfr. A.R. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 574 ss.

volontaria mancata rimozione tempestiva del contenuto diffamatorio, non si “appropria” dei contenuti dell’utente, ma decide di concorrere consapevolmente e volontariamente al reato che l’utente ha realizzato attraverso l’immissione del contenuto *online*, divenendone partecipe, a condizione, però, che non si ritenga definitivamente “esaurito” il reato già formalmente perfezionato.

Dalle pronunce sopra riportate, a prescindere dalle scelte di ricostruzione dogmatica adottate, emerge in ogni caso come la fase di perduranza dell’informazione illecita in rete non possa essere considerata priva di rilevanza giuridica, e più precisamente penale, quando la comunicazione, diffusione o messa a disposizione del dato integri una fattispecie di reato. Secondo questa prospettiva, l’individuazione del momento consumativo del reato di diffamazione *online* nel solo momento del caricamento, della pubblicazione o della prima immissione del contenuto in rete può essere limitativa e non tenere in dovuta considerazione la completezza e la complessità del fatto criminoso cibernetico, integrato e determinato dall’azione delle componenti tecnico-informatiche che ne definiscono il corso.

5. Possibili qualificazioni della fase di perduranza di un contenuto illecito in rete.

La scelta di ricorrere alla configurazione di una pluralità di reati nel caso sopra esaminato è dovuta al fatto che i giudici hanno deciso di confrontarsi con la fattispecie di diffamazione attraverso le lenti della sola prospettiva “interna”. Approfondendo questa interpretazione, la percezione che l’utente ha, dal punto di vista fenomenico, della persistenza di un’informazione in rete può essere letta sotto due chiavi di lettura differenti. Può essere considerata, da una parte, quale fase “autonoma” rispetto al precedente caricamento o messa a disposizione dell’informazione, in quanto accadimento riconducibile a nuovi e successivi comportamenti; o può essere considerata, dall’altra parte, quale fase susseguente e collegata al precedente caricamento o messa a disposizione, in quanto accadimento dipendente sotto il profilo causale dalla condotta tipica iniziale.

A questo punto, ciascuna qualificazione condurrà a due scenari, a seconda che si riconosca rilevanza giuridico-penale o meno alla fase in cui l’informazione illecita rimane presente in rete.

Nel primo caso, se si opta per la qualifica del persistere del contenuto *online* quale fase “autonoma” rispetto al precedente caricamento o messa a disposizione dell’informazione, il periodo successivo potrà qualificarsi o quale altro e diverso reato – come nell’ipotesi della pluralità di reati sposata dalla Cassazione, laddove ricorrano tutti gli elementi costitutivi richiesti dalla fattispecie di reato – o quale postfatto non punibile⁵⁹, in quanto assorbito nel disvalore della fattispecie delittuosa precedente,

⁵⁹ In questa ipotesi si rinverrebbe nella persistenza del dato in rete un fatto materiale successivo, dotato quindi di un’identità autonoma rispetto al “fatto” del caricamento. Quando si parla di fatto successivo non punibile, infatti, «ci si trova in presenza di una pluralità di fatti o di condotte l’una successiva all’altra in ordine cronologico, in ciascuna delle quali – considerata disgiuntamente dall’altra – sarebbe astrattamente

formalmente già consumata, perché integrata dalla «messa a disposizione» del contenuto illecito da parte dell'utente.

Essendosi però sottolineati i limiti dell'ipotesi della pluralità di reati, vale la pena ora soffermare l'attenzione sul secondo scenario, secondo il quale la fase di persistenza del contenuto illecito in rete è vista quale successiva evoluzione causale dell'atto della «messa a disposizione». In questo caso il periodo successivo potrà essere interpretato, a seconda che gli venga attribuita rilevanza giuridico-penale o meno, o quale prolungamento dell'offesa tipica del reato integrato dall'immissione dell'informazione in rete, o quale mera conseguenza di fatto o effetto non apprezzabile penalmente di quello stesso reato.

Laddove si volesse aderire all'orientamento maggioritario, secondo cui i reati realizzati attraverso il caricamento o la diffusione di un contenuto illecito in rete si ritengono consumati nel momento della «messa a disposizione» del contenuto *online*⁶⁰, non si potrebbe in effetti attribuire al periodo di persistenza di un contenuto illecito in rete alcuna rilevanza giuridico-penale, dovendolo considerare, quindi, quale manifestazione delle sole conseguenze del reato. Tuttalpiù, sotto questa prima chiave di lettura, si potrebbe far ricorso alla figura del c.d. reato istantaneo ad effetti permanenti⁶¹.

Il limite di tale impostazione sarebbe quello di non cogliere l'effettiva portata della dimensione temporale dell'informazione nel *Cyberspace*, collocandola tra le semplici conseguenze del reato, o comunque nel postfatto, senza dunque aggiungere alcun elemento di novità all'offesa concreta. In ogni caso, questa ricostruzione precluderebbe la configurazione di un'eventuale responsabilità concorsuale dell'*hosting provider* nel reato commissivo dell'utente, risultato che andrebbe in controtendenza rispetto agli orientamenti che si vanno prospettando, i quali tendono verso una responsabilizzazione di questi attori privati.

L'ultimo scenario che rimane da esaminare è quello che considera il periodo successivo come ricomprensibile nel perimetro del fatto tipico delineato dalla fattispecie legale incriminatrice alla cui stregua va definita formalmente la sua consumazione. La conseguenza a cui conduce tale impostazione è che la consumazione sostanziale del reato non potrà coincidere con la mera «messa a disposizione» o prima «immissione» del dato in rete, risultando «prolungata» o «spostata», perché si protrae nel periodo

possibile ravvisare un reato»: così G. VASSALLI, voce, *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 508. Altro orientamento individua il postfatto nei «comportamenti susseguenti al reato volti al conseguimento dello scopo normale del reato stesso»: così S. PROSDOCIMI, *Osservazioni sull'aggravamento o tentato aggravamento delle conseguenze del delitto commesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, n. 2, p. 552; ID., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.

⁶⁰ Cfr. paragrafo n. 3.1.

⁶¹ Trattasi di quei reati nei quali perdurano nel tempo le conseguenze dannose, categoria alla quale la dottrina non attribuisce rilevanza autonoma, in quanto quasi tutti i reati possono avere conseguenze dannose più o meno irreparabili, variando da caso a caso, anche nello stesso reato. La loro disciplina, sostanziale e processuale, è del tutto analoga a quella dei reati istantanei, in quanto non si ha il protrarsi dell'offesa. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 428; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 16° ed., a cura di L. Conti, pp. 266 ss.

intercorrente tra i due momenti, distinti da una parte della dottrina⁶², di perfezione formale (momento iniziale) e consumazione sostanziale o “esaurimento” (momento finale) del reato; distinzione alla quale anche la giurisprudenza è ricorsa in diverse occasioni⁶³.

In tale prospettiva occorre altresì chiedersi se risulti utile il ricorso alla figura del reato permanente. La riconducibilità delle fattispecie esaminate alla categoria dei reati permanenti risulta condivisibile solo in un'ipotesi ben definita, ossia quando l'autore materiale che «mette a disposizione» un contenuto illecito rimanga nelle disponibilità di poterlo poi successivamente rimuovere in ogni momento dalla rete, ossia quando la condotta incriminata di immissione e messa a disposizione iniziale è posta in essere dallo stesso gestore della piattaforma ospitante quello stesso contenuto. Seppur la giurisprudenza in materia di diffamazione *online* non abbia mai affrontato questa ipotesi interpretativa, essa è stata elaborata dalla Corte di Cassazione con riferimento a diverse fattispecie di reato, realizzate, come la diffamazione *online*, con la «messa a disposizione» di informazioni illecite in rete. In una pronuncia i giudici di legittimità hanno ritenuto penalmente responsabile del reato di cui all'art. 2-bis della L. n. 895/1967 il gestore di un sito per aver fornito istruzioni dettagliate per la preparazione e l'uso di materiali esplosivi ed aggressivi chimici pericolosi⁶⁴. La giurisprudenza di legittimità ha qualificato il suddetto reato quale reato di pericolo eventualmente permanente, ritenendo che la lesione del bene giuridico si fosse protratta fino al momento in cui le istruzioni erano ancora visibili sul sito web attivato dall'imputato. La condotta del semplice inserimento delle informazioni in rete realizza quindi, a detta dei giudici, «una prolungata protrazione dell'offesa, tale da consentire di ricondurla ai reati permanenti»⁶⁵.

⁶² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 425-428; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, pp. 331-341; ID., voce *Tempus commissi delicti*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 82-86, i quali si rifanno alla distinzione di matrice tedesca tra *Vollendung* e *Beendigung*. Le origini di questa partizione si trovano, peraltro, già in Carrara, il quale distingueva tra «perfezione» ed «esaurimento» del reato. Il primo concetto, che determinava il delitto nella sua natura di «ente giuridico», veniva identificato nella violazione dell'oggettività giuridica essenziale del reato – ossia nella violazione del diritto tutelato dal divieto posto dalla norma penale –; il secondo veniva invece fatto coincidere con il «raggiungimento dell'obiettività ideologica dell'agente», ossia quando il delitto avesse prodotto «tutti gli effetti dannosi che erano conseguenza della violazione ed ai quali mirava l'agente, in modo che questi non potesse più impedire simili effetti». Tale secondo momento non riguardava il delitto quale ente giuridico, ma bensì quale «ente di fatto». Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena (1805-1888)*, § 49 bis, Bologna, 1993, pp. 79-81; ID., *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879, p. 180 ss.; per riferimenti testuali cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 41 s., in specie nt. 148. La c.d. teoria del reato esaurito è stata abbandonata da parte della dottrina nel tempo, a causa della sua mancata conformazione ai requisiti di purezza scientifica pretesi dal positivismo o, meglio, tecnicismo giuridico: così D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, p. 53.

⁶³ Sui c.d. reati a consumazione prolungata: Cass. pen., 7 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2395; Cass. pen., Sez. II, 24 aprile 2007, n. 237299; più di recente: Cass. pen., Sez. II, 30 novembre 2017, n. 57287, in CED 272250; Cass. pen., Sez. II, 11 giugno 2015, n. 40380, in CED 264887; nonché in materia di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.: Cass. pen., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 10515, in *Ambiente e sviluppo*, 2017, n. 5, p. 372 ss.; Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2017, n. 15865, in CED 269490.

⁶⁴ Cass. pen., 17 maggio 2018, n. 21948, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 330 ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

Il richiamo alla categoria del reato permanente è rinvenibile anche in una più recente pronuncia⁶⁶, concernente questa volta il diverso reato di trattamento illecito di dati personali ex art. 167 d.lgs. n. 196/2003, nella sua formulazione anteriore alla riforma portata dal d.lgs. n. 101/2018. In questo caso la giurisprudenza ha ritenuto l'illecito perfezionato nel momento di instaurazione della condotta offensiva dell'imputato, consistente nella diffusione illecita dei dati personali della persona offesa, ma consumato soltanto dal giorno in cui è cessata la permanenza. Ha affermato la Corte che «la condotta di diffusione, in quanto programmaticamente destinata a raggiungere un numero indeterminato di soggetti, si caratterizza per la continuatività dell'offesa derivante dalla persistente condotta volontaria dell'agente»⁶⁷, il quale, nel caso di specie, poteva rimuovere i dati personali resi illecitamente disponibili.

È da sottolineare, tuttavia, che, in quest'ultimo caso, seppur la distinzione tra momento di perfezione formale e di consumazione sostanziale sia pienamente condivisibile, il richiamo alla figura del reato permanente risulta inadeguato. Nella maggioranza delle fattispecie che vengono all'attenzione della giurisprudenza, infatti, l'utente che carica un determinato contenuto illecito non è anche il gestore della piattaforma che svolge il ruolo di *hosting*⁶⁸, come accade nei casi di contenuti illeciti caricati dagli utenti – c.d. *user-generated-contents*⁶⁹ – sulle grandi piattaforme di *social network* (ma non solo). In questi casi non si potrà richiamare la figura del reato permanente, non essendo sufficiente la prosecuzione della compressione del bene protetto se questa, pur essendo una conseguenza dell'iniziale condotta del reo, non continua ad essere sostenuta dalla perdurante azione e volontà dell'agente⁷⁰: l'indeterminata accessibilità dei dati in rete non è infatti più controllabile dal soggetto che mette a disposizione, caricandoli, quegli stessi dati, che non saranno da lui più

⁶⁶ Cass. pen., 17 ottobre 2019, n. 42565, inedita.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ L'ipotesi in cui i due soggetti coincidano presenta minor problematiche. In questo caso si potrà eventualmente ricorrere alla figura del reato permanente poiché l'agente può in ogni momento rimuovere il contenuto illecito dal *web*, e dunque la continua presenza dell'informazione illecita in rete potrebbe ricondursi alla “perdurante” condotta del reo. In questo senso si può riportare l'esempio della sentenza della Corte di Cassazione del 17 maggio 2018, n. 21948, cit. (cfr. nota n. 16), in cui il reato integrato dal caricamento su un sito *web* di informazioni su come preparare e utilizzare materiali esplosivi (caricamento effettuato dallo stesso gestore della piattaforma *online*) è stato qualificato appunto come reato eventualmente permanente. In questo caso, a parere della Corte, la consumazione del reato ancorché iniziata al momento della prima pubblicazione del contenuto (avvenuta nel 2005), si protrae per l'intera durata dell'offesa (fino al momento in cui si ha conoscenza del fatto che le istruzioni fossero ancora visibili, ossia nel 2008).

⁶⁹ Categoria in sempre più forte espansione e mutamento (si potrebbe distinguere anche tra *user uploaded content* e *user adapted content*), i cui confini rimangono incerti, rendendo qualsiasi definizione proposta troppo limitativa o troppo comprensiva. Si può però concordare che sono UGC tutti i materiali creati dagli utenti e pubblicati sulla rete, che siano il risultato di un certo apporto creativo e che siano creati al di fuori di attività professionali o imprenditoriali. In questo senso: A.G. MONTELEONE, *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L'incerta regolazione degli user adapted content nella proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in *Rivista del diritto dei media*, 2019, n. 1, p. 123 ss.

⁷⁰ Sul punto cfr.: L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., p. 65 ss.; F. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. Discipline penalistiche*, Milano, 1996, p. 324 ss.; G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 360 ss.

rimuovibili. Esemplificando, se un singolo utente decidesse di eliminare un contenuto illecito o un dato diffuso illecitamente dal proprio profilo, esso sarà comunque disponibile e accessibile sul *social network* proprio in virtù della forte diffusività che caratterizza la rete: bastano infatti pochi secondi perché un qualunque contenuto o dato venga condiviso, inoltrato, scaricato o comunque ulteriormente diffuso da parte degli altri utenti della piattaforma, nonché di altre piattaforme.

Riepilogate le diverse soluzioni prospettabili, in questa sede ci si limiterà a sottolineare come, tra queste, meriti particolare considerazione la teoria dottrinale che distingue in generale tra perfezione formale e consumazione sostanziale (o esaurimento) del reato, anche oltre le ipotesi dei reati permanenti. Essa ha infatti il pregio e l'aspirazione di «cogliere, al di là delle fratture spesso artificiali create dalla norma incriminatrice, lo svolgimento del fatto nella sua completezza, per quello che nella realtà delle cose esso globalmente rappresenta»⁷¹, nella consapevolezza che spesso il momento consumativo formale individuato dal legislatore non segna una conclusione definitiva del dato fenomenico.

Se si ricorre alla distinzione tra perfezione ed esaurimento del reato, individuata sulla base non solo della gravità e dell'approfondimento dell'offesa⁷², ma anche della valutazione di corrispondenza tra fatto (successivo alla perfezione) e modello legale⁷³, si nota come con la fase di perduranza del contenuto illecito in rete non si abbia solamente un approfondimento dell'offesa al bene giuridico, ma tale approfondimento possa essere considerato nel perimetro dei confini della tipicità, rappresentata, nei casi di diffamazione oggetto delle pronunce sopra esaminate, dall' "offesa alla reputazione". Il «periodo consumativo»⁷⁴, delimitato dal momento iniziale di perfezione formale e da quello finale di esaurimento sostanziale, sarebbe, secondo questa lettura, definito dal prolungamento degli elementi tipici del fatto oggettivo⁷⁵, i quali, protraendosi nel tempo grazie alle componenti tecnico-informatiche che ne segnano il corso, non solo «espandono» i limiti del fatto tipico costitutivo del reato, ma approfondiscono anche l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma penale violata.

Si arriverebbe quindi a concludere che il «prolungamento automatizzato dell'azione non è separabile dagli altri elementi oggettivi e soggettivi costitutivi del "fatto" di reato»⁷⁶. Data la natura preliminare dell'indagine, necessitante di ulteriori

⁷¹ S. PROSDOCIMI, *Profili penali*, cit., p. 157 s.

⁷² Si sono mosse infatti alcune obiezioni alla teoria elaborata dalla dottrina sopra riportata (nota n. 67). Essa, mancando di tenere in stretta considerazione la delimitazione posta dal confine della tipicità, rischia di sfociare in linee argomentative troppo soggette a derive giusnaturalistiche ed extralegali. Il rischio maggiore è infatti quello di ricorrere a criteri connotati da eccessiva discrezionalità e slegati dal dato normativo legale, affidando il giudizio di rilevanza giuridica della fase successiva alla perfezione ad un'interpretazione teleologica della fattispecie incriminatrice fondata solo sul disvalore materiale del fatto incriminato. Cfr.: G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo*, cit., p. 242; R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, n. 1, p. 137 ss.;

⁷³ C. ADORNATO, *Il momento consumativo del reato*, Milano, 1966, p. 21; R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente*, cit.

⁷⁴ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966, p. 20; C. ADORNATO, *Il momento consumativo*, cit., p. 117.

⁷⁵ L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., p. 92 ss.

⁷⁶ *Ibidem*.

approfondimenti, soprattutto in virtù delle diversificate implicazioni a cui l'ultima ipotesi interpretativa prospettata può condurre – si pensi solo a quelle connesse all'individuazione della competenza per territorio⁷⁷ – la scelta di quale ricostruzione dogmatica debba essere ritenuta la più opportuna non può che rimanere, per ora, sospesa.

6. Ciò che suggerisce la prospettiva “esterna”.

Tuttavia, è possibile (e necessario) arrivare ad una scelta, perlomeno, tra quale prospettiva assumere nell'analisi dei fenomeni che si realizzano nel *Cyberspace*. Occorre quindi stabilire se prediligere la prospettiva “interna” o quella “esterna”.

L'approcciare queste tematiche secondo la prospettiva “interna” presenta inevitabili rischi e limiti, legati principalmente ai margini di incertezza che la connotano. La soluzione interpretativa raggiunta attraverso tale prospettiva sarà infatti sempre influenzata dalla percezione che il singolo operatore giuridico ha, in qualità di utente, del “virtuale”. La *distanza* rispetto al “reale” che il concetto stesso di “virtuale” porta con sé, insita nella peculiarità del *medium* digitale, che spesso ci fa dimenticare la controparte reale che sta al di là di ogni comunicazione⁷⁸, può causare numerose incertezze. Inoltre, il continuo cercare di ricondurre gli schemi nuovi aperti dal digitale entro i confini dei concetti e delle categorie che si utilizzano per ciò che accade nella realtà “analogica” non è sempre un'operazione possibile o esente da forzature.

Con ciò non si vuol sostenere che la prospettiva “interna” vada completamente ignorata o abbandonata. Essa può infatti costituire un utile strumento, in particolare per comprendere la dimensione sociale degli avvenimenti nel *Cyberspace*, essendo più efficace e rapida – partendo sempre dal punto di vista dell'utente, e quindi anche della potenziale vittima, oltre che dello stesso agente – nel far emergere quelli che sono gli eventuali vuoti di tutela o le necessità di contrasto contro determinate forme di offesa.

Occorre, però, riconoscere la novità che caratterizza determinate realtà fenomeniche, qual è appunto il *Cyberspace*, per poterne regolare e normare i profili giuridicamente rilevanti.

Cambiando chiave di lettura, possiamo allora chiederci cosa suggerisca la prospettiva “esterna” per risolvere il quesito al quale si è cercato di rispondere. Dal punto di vista tecnico – e quindi fenomenico/effettivo – ciò che avviene “dietro le quinte” non può che condurre ad una sola conclusione: non è possibile considerare la fase di

⁷⁷ In base all'applicazione del criterio generale di cui all'art. 8 c.p.p.; sul punto si veda diffusamente R. FLOR, *La legge penale nello spazio*, cit., p. 141 ss.; ID., *I limiti del principio di territorialità nel cyberspace. Rilevi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 1, pp. 1296 ss.

⁷⁸ Il filosofo Byung-Chul Han scrive che «per via dell'efficienza e della comodità della comunicazione digitale evitiamo sempre più il contatto (...) con il Reale. (...) In questo modo, la comunicazione digitale diviene sempre più priva di corpo e di volto. Il digitale sottopone la triade lacaniana di Reale, Simbolico e Immaginario a una trasformazione radicale: riduce il Reale e totalizza l'Immaginario»; e ancora, in modo forse più incisivo: «tra Digitale e Reale vi è minore analogia». Cfr. *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2015, p. 37 e 45.

persistenza del contenuto in rete quale slegata da quella del caricamento e «messa a disposizione» dello stesso. Questo “periodo” successivo, in cui il contenuto illecito caricato nel *Cyberspace* rimane accessibile e disponibile per un periodo indeterminato, risulta difficilmente qualificabile come fatto separato “successivo”, da considerare autonomamente, sia che lo si valuti come postfatto non punibile, sia che lo si ritenga integrante una distinta fattispecie di reato. Risulta ben più lineare considerare la persistenza del dato quale insita nella natura del mezzo tecnico utilizzato e nella realtà digitale, il cui contenuto viene creato e riprodotto dagli infiniti caricamenti di informazioni e materiali, che avvengono ogni secondo.

In quest’ottica, tra le ipotesi interpretative sopra prospettate, sarà da preferirsi quella che riconduce la fase di persistenza del dato in rete all’interno dei confini del fatto tipico del reato, il quale non potrà dirsi esaurito nel solo momento del “caricamento” o (prima) “pubblicazione” di un determinato contenuto lesivo di diritti altrui.

La scelta di prediligere la prospettiva “esterna” si basa sia su esigenze di certezza, in quanto tiene fermo il primario parametro della tipicità, sia perché l’interpretazione giuridico-penale dei comportamenti e fatti integranti fattispecie di reato non può che fondarsi sull’effettivo manifestarsi degli stessi. Inoltre, è solo attraverso questa prospettiva che si è in grado di dare il giusto rilievo al ruolo che le componenti delle TIC, caratterizzate da un effetto performante sui risultati che si ottengono mediante il loro funzionamento, assumono nella configurazione e “perimetrazione” del fatto tipico.

La portata di questa ipotesi interpretativa sarebbe peraltro maggiormente rilevante se applicata non solo a casi di diffamazione in rete, ma anche a forme di comunicazione illecite più gravi ed offensive, per la repressione delle quali risulta forse più opportuno il ricorso allo strumento penale, come appunto nei casi di comunicazioni integranti episodi di cyberbullismo, oppure diffusioni di contenuti che istigano al terrorismo o di carattere pedopornografico, nonché contenuti sessualmente espliciti diffusi senza il consenso del soggetto ivi ritratto. Anche queste fattispecie di reato vengono integrate, infatti, dalla «messa a disposizione» di dati in rete, e anche in questi casi il materiale illecito è destinato a protrarre la sua valenza offensiva per un tempo indeterminato.

Se dunque il vero discrimine per decidere se riconoscere una qualche rilevanza giuridico-penale al periodo successivo all’immissione dei dati in rete è dato dalla prospettiva che si assume per valutare l’azione degli agenti *software* su cui si articola la rete, alla luce di quanto visto sopra, diventerà sempre più opportuno riconoscere il ruolo determinante che l’operare tecnico di tali componenti riveste nella realizzazione dei fatti posti in essere nella realtà digitale, costituendone parte integrante: la particolare temporalità che caratterizza le informazioni nel ciberspazio non è infatti che determinata dall’agire tecnico, automatizzato e autonomo della struttura informatica di Internet.