



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali**

CICLO XXXVIII

COORDINATORE Chiar.mo Prof. Giovanni De Cristofaro

**LA RESPONSABILITÀ PENALE DELL'*INTERNET SERVICE
PROVIDER* E DELLE PIATTAFORME DIGITALI**

CORSI E RICORSI DELL'INFLUENZA EUROPEA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott. Francesco Contri

Supervisor

Prof. Donato Castronuovo

Co – Supervisor

Prof. Marco Venturoli

Anni 2022/2025

Alla mia famiglia.

In particolare, a mia madre, senza la quale questo percorso non sarebbe stato nemmeno immaginabile.

Spero, un giorno, di poter fare altrettanto.

INDICE

INTRODUZIONE	11
--------------------	----

CAPITOLO I

PREMESSE POLITICO CRIMINALI E TECNICO-GIURIDICHE ALLO STUDIO DELLA RESPONSABILITÀ DEI *PROVIDERS*

SEZIONE I

IL DIRITTO PENALE DELL'INFORMATICA: SVILUPPO E PECULIARITÀ

1. <i>Premessa: ciò che è lecito offline può non esserlo online</i>	15
2. <i>I computer-crimes</i>	21
2.1. <i>La nascita del diritto penale dell'informatica</i>	24
3. <i>La genesi di una nuova infrastruttura comunicativa: Internet</i>	27
3.1. <i>L'evoluzione delle comunicazioni via Internet: il web 1.0, 2.0, 3.0 (e 4.0, 5.0)</i>	29
3.2. <i>Dall'“anarchia” all'“oligarchia” della rete</i>	31
4. <i>Lo sviluppo dei reati realizzabili in rete</i>	34
5. <i>Alcune classificazioni utili: reati informatici, reati cibernetici e AI crimes</i>	36
5.1. <i>I reati informatici in senso stretto e in senso ampio</i>	36
5.2. <i>I reati cibernetici in senso stretto e in senso ampio</i>	38
5.3. <i>Gli AI crimes (cenni)</i>	40
6. <i>Una necessaria delimitazione dell'indagine (alle content-related offences)</i>	44
7. <i>Critica alla neutralità dello strumento informatico</i>	48
8. <i>La prospettiva di analisi dell'illecito cibernetico</i>	55

SEZIONE II

PRESUPPOSTI TEORICI ALL'ANALISI DELL'ILLECITO CIBERNETICO

9. <i>I peculiari connotati dell'offesa nelle content-related offences: il ruolo della portata diffusiva del contenuto</i>	60
10. (segue) <i>Il volto costituzionale dell'illecito cibernetico</i>	66
10.1. <i>Una “mera” riallocazione dei mobili nella stanza non è sufficiente per assicurare il rispetto del principio di personalità in un ordinamento orientato al nullum crimen sine culpa</i>	71
10.2. <i>Il nesso di rischio come elemento di riaffermazione del principio di responsabilità per fatto proprio</i>	75
10.3. (segue) <i>La funzione di riequilibrio tra il disvalore di azione e di evento e l'enucleazione del tipo di rischio a partire dal grado dell'offesa</i>	82
10.4 <i>La nozione di rischio (doloso e colposo) e la sua base di giudizio</i>	88
10.4.1. <i>Rappresentabilità e conoscenze superiori nella determinazione del rischio e della sua illiceità</i>	89
10.4.2. <i>Rischio doloso e rischio colposo</i>	95
11. <i>Premesse in sintesi</i>	101

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DEI PROVIDERS: UN'ANALISI DEI FORMANTI

1. <i>Il fil rouge della responsabilità del provider: autoria, concorso attivo o omissivo?</i> ...	105
2. <i>I primi tentativi di costruzione (esegetica) della responsabilità degli internet service providers</i>	108
2.1. <i>Le ipotesi di autoria commissiva</i>	109
2.2. <i>Le ipotesi di concorso commissivo</i>	111
2.2.1. <i>Il provider quale moderatore (preventivo) di un newsgroup o di una mailing list</i>	113
2.2.2. <i>La condotta del provider quale “mezzo” utilizzato dall'utente per veicolare il contenuto illecito</i>	120
2.2.3. <i>L'ulteriore diffusione del contenuto illecito assicurata dal provider</i>	127
2.3. <i>Le ipotesi di concorso omissivo</i>	132
2.4. <i>Le ipotesi di autoria omissiva</i>	136

3. Il formante normativo.....	139
3.1. La direttiva CE 2000/31	141
3.1.1. I servizi di semplice trasporto e di mero accesso.....	142
3.1.2. Il servizio di memorizzazione temporanea di dati	143
3.1.3. Il servizio di memorizzazione di lunga durata di dati	146
3.1.4. L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni veicolate	151
3.2. La normativa nazionale: il d. lgs. 70/2003	156
3.2.1. L'esenzione della responsabilità dell'hosting provider.....	158
3.2.2. L'assenza di un dovere di sorveglianza nell'orizzonte del d. lgs. 70/2003	161
4. Il formante dottrinale	165
4.1. L'ISP come controllore del cyberspace	165
4.2. L'ISP come utente del cyberspazio	171
4.3. L'ISP come longa manus dell'autorità	174
5. Il formante giurisprudenziale	176
5.1. La giurisprudenza nazionale	177
5.1.1. Il difetto di una posizione di garanzia: il caso Google vs. Vivi down	177
5.1.2. Autoria e concorso commissivo nel reato del privato: tra fornitura "attiva" e "passiva" di un servizio	181
5.1.3. Lo strano caso del gestore del blog.....	184
5.2. Le aperture della giurisprudenza sovranazionale.....	189
5.2.1. Le decisioni della Corte Edu	189
5.2.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.....	196
6. Il Digital Services Act (DSA)	204
6.1. Gli obblighi introdotti dal DSA	205
6.2. Il rapporto tra i doveri di diligenza (Capo III) e la responsabilità (penale) dei prestatori di servizi intermediari (Capo II)	210
6.3. L'abrogazione del d. lgs. 70/2003: cosa cambia per la responsabilità dei providers	213
6.4. (segue) La presunzione di conoscenza enucleata all'art. 16, par. 3, DSA	217
7. Sinossi e prosieguo dell'indagine.....	220

CAPITOLO III

LA QUALIFICAZIONE ATTIVA O PASSIVA DEL CONTRIBUTO DEL PROVIDER ALLA REALIZZAZIONE DELL'ILLECITO ALTRUI

1. Premessa: la duplice lettura della condotta del provider	223
2. Attivo o omissivo? Le ragioni a sostegno di una chiara distinzione tra azione e omissione	225
3. (segue) Le aporie create dalla sovrapposizione tra azione e omissione. Un esempio emblematico: la pronuncia della Court of Appeal (Criminal Division) for England and Wales sul caso Broughton.....	227
4. La nozione pre-normativa di azione penalmente rilevante	234
4.1. Le funzioni della nozione pre-normativa di azione	235
4.2. Le teorie naturalistiche dell'azione.....	238
4.3. Le teorie finalistiche dell'azione	240
4.4. Le teorie sociali dell'azione	242
4.5. Azione e omissione sono species di un medesimo genus o entità opposte?	243
5. I criteri differenziali tra azione e omissione.....	247
5.1. La teoria naturalistica degli elementi antitetici: l'omissione come nihil.....	248
5.2. La teoria dell'aliud agere	249
5.3. Le teorie normative dell'omissione	251
5.4. Le teorie causali	257
5.4.1. Il recupero della componente normativa della condotta.....	261
5.4.2. La coesistenza di profili attivi e omissivi.....	263
5.5. La tesi "organizzativa"	266
6. L'adattamento del criterio in ambito "relazionale"	269
6.1. Causalità e relazionalità	271
6.2. L'interruzione del salvataggio: il caso Airedale NHS Trust vs. Bland	273
7. (segue) I risvolti della tesi causale sulla qualificazione del contributo del provider ..	277
8. Concorso di persone ed attività neutrali: le ricadute della natura lecita del servizio sulla responsabilità del fornitore.....	278
8.1. La messa a disposizione ex ante del servizio	280
8.2. La mancata rimozione del contenuto illecito (o il suo impedimento dell'accesso)	282

CAPITOLO IV

IL MOMENTO CONSUMATIVO DELL'ILLECITO ONLINE

1. Premessa.....	285
2. Le peculiarità della condotta dell'utente nel cyberspace.....	287
3. Il reato permanente in senso lato	289
3.1. I criteri di individuazione della Beendigung	296
4. Il momento consumativo delle content-related offences realizzate online	299
4.1. Gli illeciti relativi ai contenuti quali reati istantanei (critica)	299
4.2. La costruzione di una nuova forma di manifestazione del reato (critica).....	301
4.3. La riconducibilità dell'illecito relativo ai contenuti al paradigma del reato permanente in senso lato (accoglimento)	306
4.4. (segue) Le critiche al richiamo del reato permanente in senso lato (approfondimenti e censure)	308
4.4.1. La discontinuità della lesione al bene giuridico	308
4.4.2. Gli effetti dell'automazione sulla diffusione dell'illecito	312
4.4.3. I risvolti problematici della teoria.....	317
5. Conclusioni (parziali).....	319

CAPITOLO V

DALLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANIZZATORE ALLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANIZZAZIONE. PROPOSTE DE IURE CONDENDO

1. Premessa: una lettura 'disincantata' delle dinamiche sociali (di fornitura)	327
2. Uno sguardo comparato	329
2.1. Il NetzDG tedesco	330
2.2. La Loi Avia francese	334
2.3. L'Online Safety Act	337

3. <i>Alla ricerca del responsabile nelle organizzazioni complesse</i>	343
3.1. <i>Il dolo dell'intraneus</i>	344
3.2. <i>Il cortocircuito ermeneutico derivante dalla qualificazione omissiva della condotta di (errata) moderazione</i>	348
3.3. <i>La nozione di garante inteso come "gestore del rischio". Un parallelismo con il diritto penale del lavoro</i>	351
3.3.1 <i>Le ricadute sul piano della responsabilità dei soggetti deputati all'attività di moderazione</i>	355
3.4. <i>Il criterio di competenza per il rischio</i>	357
4. <i>L'opportuna introduzione di una fattispecie colposa</i>	358
5. <i>La vexata quaestio dell'accertamento causale nel concorso di persone. Ancora un confronto con il settore penal-lavoristico</i>	360
6. (segue) <i>Una fattispecie "strumentalmente" orientata?</i>	363
7. <i>Punire l'organizzatore per punire (anche) l'organizzazione</i>	366
7.1. <i>L'occasione per riflettere su colpa e colpevolezza di organizzazione</i>	367
8. <i>Sinossi conclusiva</i>	369
OSSERVAZIONI FINALI	373
BIBLIOGRAFIA	382

INTRODUZIONE

Per quanto ampiamente battuto, il percorso ermeneutico volto ad assegnare responsabilità penali ai fornitori di servizi *Internet* e *in Internet* non è mai pervenuto ad approdi condivisi. La sensazione – a modesto avviso di chi scrive – è che, salvo eccezioni, si sia propeso per giudizi poggiati su fondamenta più politico-criminali che tecnico-giuridiche. Complici, per un verso, lo sviluppo di una modalità di comunicazione esentata da controlli centralizzati e, per altro verso, la difficoltà di approfondire istituti classici di diritto penale al cospetto dell'ingerenza tecnologica, recante con sé indiscutibili difficoltà di comprensione tecnica del fenomeno, al quesito circa la possibile responsabilizzazione penale degli ISP e delle piattaforme digitali è stata tradizionalmente data risposta negativa. Certo, mai è stato posto in discussione che questi avrebbero dovuto rispondere, al pari degli utenti, degli illeciti commessi in qualità di “autori” (si pensi al caso in cui sia lo stesso *provider* a pubblicare un contenuto offensivo). Il predetto interrogativo ha però incontrato esiti opposti al cospetto del preteso rimprovero, in via autonoma o concorsuale, per aver agevolato ora la commissione, ora la proliferazione dei reati degli utenti.

Obiettivo della presente ricerca è dunque operare una profonda rivisitazione, *de iure condito* e *de iure condendo*, del dibattito che per lungo tempo ha occupato il diritto penale dell'informatica, sotto questo specifico aspetto, alla luce delle problematiche di parte generale ad esso sottese.

A questo fine, lo studio è stato articolato essenzialmente in sei tappe, corrispondenti a cinque Capitoli, di cui il primo, a propria volta, suddiviso in due distinte Sezioni.

Nella prima Sezione del Capitolo I saranno approfonditi genesi e sviluppo del diritto penale dell'informatica, profondamente segnato dall'avvento di una nuova infrastruttura comunicativa: *Internet*. L'analisi delle caratteristiche dello strumento connesso alla rete comporterà il rifiuto di una visione “neutrale” del mezzo informatico, del quale verranno invece evidenziate le potenzialità criminogene. Tali considerazioni, in uno con le conseguenze dell'anomia che per lungo tempo ha ‘governato’ il settore in esame – grazie alla quale si sono sviluppate potenze private con funzioni para-statali, ma prive di legittimazione popolare –, daranno nuova linfa al dibattito sull'opportunità politico-

criminale di concentrare il possibile rimprovero penale (anche) sul fornitore di servizi *Internet e in Internet*.

Il rapporto di osmosi tra la dimensione virtuale e analogica comporterà una presa di posizione “intermedia” nell’analisi del reato, a cavallo tra queste due differenti “realità”. In tal guisa, una volta circoscritto l’oggetto del presente studio ai reati relativi ai contenuti (*content-related offences*), verrà giustificato il rapporto di stretta interdipendenza tra la diffusione dell’informazione vietata e l’approfondimento della lesione da essa cagionata.

A partire da tale approdo, nella seconda Sezione del Capitolo I, sarà sviluppato il ruolo che l’offesa assume nell’analisi dell’illecito cibernetico. Verrà così assegnato particolare rilievo al disvalore di azione e al suo rapporto di (necessario) equilibrio con il disvalore di evento. In questo contesto, la giustificazione del *nesso di rischio* quale “nuovo” elemento costitutivo del reato consentirà di *imputare* offese nell’imprescindibile rispetto del principio di *responsabilità per fatto proprio*, prima che *colpevole*; e ciò quand’anche queste fossero causalmente riconducibili all’utente.

Tali presupposti teorici fungeranno da base per il prosieguo della trattazione.

Il primo passaggio dell’accertamento del nesso di rischio – consistente nella verifica della relativa illiceità – si rivelerà essenziale per l’approfondimento della responsabilità del *provider* alla luce della *adeguatezza* dell’attività prestata.

Il secondo passaggio – implicante l’identità tra il rischio attivato o aggravato e quello concretizzatosi nell’offesa – diverrà dirimente per definire il momento consumativo dell’illecito *online*: quindi per ammettere, già in astratto, una responsabilità concorsuale del *provider*.

Nel Capitolo II verranno approfonditi i tre formanti che contribuiscono ad intessere la trama del presente settore di ricerca: legislativo, dottrinale e giurisprudenziale.

Saranno dunque individuati i diversi paradigmi di responsabilità, anche combinati tra loro, alla stregua dei quali i *providers* potrebbero essere chiamati a rispondere: responsabilità autonoma, concorsuale, attiva e omissiva. Gli stessi verranno successivamente calati nell’evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale, nazionale ed europea. Dall’analisi emergeranno, sul piano dogmatico, più dubbi che certezze, tuttavia accompagnati dalla consapevolezza che, soprattutto in ambito sovranazionale, la necessità di assegnare una *qualche forma* di responsabilità al *provider* per non aver arginato la proliferazione degli illeciti tramite i propri canali non pare in discussione. D’altro canto, in

tale direzione – almeno a nostro avviso – si era mossa già la direttiva 31/2000 CE sul commercio elettronico – recepita, non senza *‘ritocchi’ sostanziali*, dal d. lgs. 70/2003 – e oggi si orienta il regolamento UE 2022/2065 (DSA).

Ravvisandosi una vasta mole di letture di fatti del tutto identici dal punto di vista fenomenologico, l’analisi della responsabilità degli operatori economici – va da sé – verrà condotta anticipando la soluzione che meglio sarà sviluppata nei successivi Capitoli. Nello specifico, la mancata *consapevole* rimozione del contenuto illecito da parte del *provider* verrà ricondotta al paradigma concorsuale attivo; e ciò in forza dell’effetto assicurato dalla prosecuzione del servizio alla proliferazione dell’informazione e, quindi, all’aggravamento dell’offesa.

Il giro d’orizzonte si concluderà con una analisi della responsabilità del *provider* alla stregua della normativa vigente: costituita, al netto di disposizioni settoriali, dal regolamento 2022/2065 (DSA).

Come anticipato, i Capitoli III e IV saranno dedicati all’approfondimento delle questioni dogmatiche sottese alle soluzioni anticipate (valorizzazione del paradigma attivo e mancato esaurimento della consumazione, salvo eccezioni, con il caricamento del contenuto in rete).

Nel Capitolo III si procederà, dapprima, valorizzando le ragioni a supporto di una chiara distinzione tra azione e omissione – non di rado ridimensionate in giurisprudenza – e, successivamente, evidenziando i criteri distintivi che dovrebbero governarla.

Gli approdi raggiunti sul piano monosoggettivo verranno di seguito *riadattati* a quello concorsuale, non mancando di segnalare questioni ancora aperte nel rapporto tra i singoli contributi soggettivi.

Tale elaborazione teorica, confermando la tesi anticipata – il fornitore che *consapevolmente* non rimuove risponde *per aver agevolato* l’ulteriore diffusione del contenuto, non per *non averla impedita* – sfocerà nell’approfondimento dell’astratta *liceità* della condotta del fornitore. A venire in rilievo saranno dunque le posizioni che, rifacendosi soprattutto alla dottrina d’oltralpe, hanno dato “corpo e sangue” al dibattito relativo all’ammissibilità del concorso mediante attività *neurali* o *adeguate*.

Il Capitolo IV sarà sede di approfondimento della tematica afferente all’individuazione del momento consumativo dell’illecito cibernetico.

Dopo un breve *excursus* sulle peculiari modalità della condotta dell'utente nel *cyberspace* e sui presupposti teorici che reggono la categoria del reato permanente *in senso lato*, verranno passate a setaccio sia le tesi che fanno coincidere il momento di consumazione sostanziale con quello di primo caricamento del contenuto illecito in rete; sia quelle che, all'opposto, propendono per l'elaborazione di una nuova forma di manifestazione del reato, tesa a valorizzare l'aggravamento dell'offesa ingenerata dalla diffusione (imprevedibile e incontrollabile) del contenuto.

In tale contesto, il principio di *personalità*, nella propria doppia gemmazione (di fatto proprio e colpevole), mostrerà l'opportunità di vincolare le ipotesi di scissione tra il momento di perfezione del reato (*Vollendung*) e quello di consumazione (*Beendigung*) alla sussistenza di due presupposti: (i) il permanere della violazione sotto la signoria dell'utente, in uno con la permanenza (o l'approfondimento) dell'offesa, e (ii) la corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello materializzatosi nell'offesa. Solo in questi casi, potrà quindi ammettersi un'eventuale responsabilità concorsuale del *provider*.

Nel quinto, e ultimo, Capitolo gli approdi raggiunti verranno calati nella dimensione *plurisoggettiva* e *organizzata* dell'attività del *provider*, quasi sempre presente nell'odierno contesto economico-sociale.

Dall'analisi delle normative che hanno introdotto variamente forme di responsabilità (penale e non) per i predetti fornitori e dalla concreta dimensione che il *dolo* e la nozione di *azione* (*in senso stretto*) assumono in questi contesti emergerà l'esigenza di elaborare una fattispecie colposa. Un illecito teso a sanzionare il difetto organizzativo in vista di una pronta ed efficace rimozione delle informazioni vietate dal proprio server o portale.

L'introduzione di una tale disposizione nel catalogo dei reati previsti dal d. lgs. 231/2001 permetterà inoltre, in chiave repressiva, di sanzionare anche l'ente e, in chiave preventiva, di orientarlo verso una corretta organizzazione volta a ridurre al minimo tale rischio-reato. Siffatto assunto verrà affiancato da qualche riflessione sull'opportunità di affrancare quanto più possibile la responsabilità della *societas* dall'illecito della persona fisica: circostanza che attualmente impone una graduazione nel rimprovero dell'ente svincolata dal concreto disvalore del suo *agere*.

CAPITOLO I

PREMESSE POLITICO CRIMINALI E TECNICO-GIURIDICHE ALLO STUDIO DELLA RESPONSABILITÀ DEI *PROVIDERS*

Sommario: SEZIONE I – IL DIRITTO PENALE DELL'INFORMATICA: SVILUPPO E PECULIARITÀ; 1. Premessa: ciò che è lecito *offline* può non esserlo *online*. – 2. I *computer-crimes*. – 2.1. La nascita del diritto penale dell'informatica. – 3. La genesi di una nuova infrastruttura comunicativa: *Internet*. – 3.1. L'evoluzione delle comunicazioni via *Internet*: il *web* 1.0, 2.0, 3.0 (e 4.0, 5.0). – 3.2. Dall'“anarchia” all'“oligarchia” della rete. – 4. Lo sviluppo dei reati realizzabili in rete. – 5. Alcune classificazioni utili: reati informatici, reati cibernetici e *AI crimes*. – 5.1. I reati informatici in senso stretto e in senso ampio. – 5.2. I reati cibernetici in senso stretto e in senso ampio. – 5.3. Gli *AI crimes* (cenni). – 6. Una necessaria delimitazione dell'indagine (alle *content-related offences*). – 7. Critica alla neutralità dello strumento informatico. – 8. La prospettiva di analisi dell'illecito cibernetico; SEZIONE II – PRESUPPOSTI TEORICI ALL'ANALISI DELL'ILLECITO CIBERNETICO; 9. I peculiari connotati dell'offesa nelle *content-related offences*: il ruolo della portata diffusiva del contenuto. – 10. (*segue*) Il volto costituzionale dell'illecito cibernetico. – 10.1. Una “mera” riallocazione dei mobili nella stanza non è sufficiente per assicurare il rispetto del principio di personalità in un ordinamento orientato al *nullum crimen sine culpa*. – 10.2. Il nesso di rischio come elemento di riaffermazione del principio di responsabilità per fatto proprio. – 10.3. (*segue*) La funzione di riequilibrio tra il disvalore di azione e di evento e l'enucleazione del tipo di rischio a partire dal grado dell'offesa. – 10.4 La nozione di rischio (doloso e colposo) e la sua base di giudizio. – 10.4.1. Rappresentabilità e conoscenze superiori nella determinazione del rischio e della sua illiceità. – 10.4.2. Rischio doloso e rischio colposo. – 11. Premesse in sintesi.

SEZIONE I

IL DIRITTO PENALE DELL'INFORMATICA: SVILUPPO E PECULIARITÀ

1. *Premessa: ciò che è lecito offline può non esserlo online*

Il diritto penale dell'informatica, almeno dalla diffusione di *Internet* in avanti, rappresenta un *unicum* in ambito penalistico. Se in quest'ultimo settore del diritto si è assistito – e si continua ad assistere – ad un profluvio di incriminazioni che poco si conciliano con i principi costituzionali della materia¹, la fiducia riposta nello strumento informatico, soprattutto ai suoi albori, ha comportato un'attenta ponderazione dell'intervento penale.

Quesiti che oggi apparirebbero superflui – come l'opportunità di apprestare tutela penale per fatti commessi *online*² – hanno condizionato il dibattito sviluppatosi attorno a fenomeni criminosi che, nel frattempo, vedevano amplificarsi i propri effetti lesivi. Inoltre, la difficile comprensione tecnica delle nuove tecnologie³ ha, assai spesso, limitato l'interesse del penalista più attento alla dogmatica tradizionale⁴. Il diritto penale dell'informatica si è dunque per lo più sviluppato in forma settoriale, a partire dalle nuove peculiari problematiche che le invenzioni del *chip* e del microprocessore hanno mostrato nell'interpretazione delle disposizioni di parte speciale⁵. Salvo per qualche pregevole

¹ Fondamentali, in argomento, A. BARATTA (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985 e L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 493 ss. In commento alla posizione di Baratta, per tutti, A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 20 settembre 2018, *passim*; M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2019, pp. 7 ss. Sul populismo legislativo in ambito penale, da ultimo, G. FIANDACA, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2025 e, per una compiuta ricostruzione delle funzioni e dei compiti del diritto penale, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, I, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 135 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

² Citava e risolveva positivamente la questione, per fare un solo esempio, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1-2, p. 90 s.

³ Imputa a tale circostanza il ritardo del nostro legislatore nell'introduzione di fattispecie incriminatrici *ad hoc* rispetto al diffondersi dei fenomeni criminosi, in uno con la rapidità dello sviluppo delle tecniche informatiche, che potrebbe far apparire obsoleto l'intervento legislativo, F. MUCCIARELLI, voce *Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 376.

⁴ Merita condivisione la considerazione di G. PICA, voce *Internet*, *Dig. disc. pen.*, 2004, v. *online*, p. 6, che, confermando la necessità di un intervento penale per assicurare la collettività dai nuovi rischi di illeciti tecnologici, mantenendo, al contempo, un corretto bilanciamento tra i beni da tutelare e le limitazioni che ne derivano, osserva che «nel settore dei comportamenti tecnologici tale bilanciamento è reso molto più difficile e complesso proprio dal diaframma rappresentato dalla tecnologia, che costituisce una barriera non soltanto tecnica, ma soprattutto culturale, tra le logiche giuridiche tradizionali e la dimensione comportamentale generata dalla tecnica».

⁵ Il *chip* viene definito dall'enciclopedia Treccani come: «lastrina di semiconduttore in cui, con opportuni procedimenti, viene ricavato un dispositivo elettronico o un circuito integrato». Il microprocessore, come «dispositivo elettronico realizzato con la tecnologia dei circuiti integrati VLSI (sigla di *very large scale integration*), in grado di effettuare in modo autonomo operazioni aritmetiche e logiche secondo una successione preordinata di istruzioni, costituenti il programma esecutivo del [microprocessore] stesso. Il [microprocessore] è particolarmente adatto a essere interconnesso con dispositivi esterni, con i quali può interagire, trasmettendo e ricevendo dati e segnali di controllo attraverso porte di uscita e di ingresso. Grazie alla grande flessibilità di impiego, il [microprocessore] è divenuto elemento caratterizzante di un gran numero di applicazioni ed è diffusamente utilizzato come dispositivo decisionale o di controllo in molti apparecchi di uso comune. Nei vari apparati o dispositivi sono presenti uno o più [microprocessore] appositamente adattati

eccezione⁶, solo più di recente è stato approfondito l'interrogativo sulla compatibilità degli istituti di parte generale con la peculiare fisionomia dei reati commessi in rete⁷.

“Ciò che è illecito *offline* non può essere lecito *online*, ma ciò che è lecito *offline* non può divenire illecito *online*” è il postulato cui tradizionalmente si è giunti⁸.

Di qui il grande “abbaglio”, su cui si tornerà nel prosieguo, volto, per un verso, a considerare queste due entità – fisica e virtuale – del tutto scisse tra loro e, per altro verso, a reputare lo strumento informatico, connesso alla rete, quale mero *oggetto neutrale* a disposizione dei consociati⁹. Viceversa, è agevole rilevare come oggi le TIC (tecnologie dell'informazione e della comunicazione) o ICT (*information and communication technology*) abbiano assunto un ruolo non solo centrale per l'economia e per lo sviluppo della società, ma altresì osmotico in rapporto alla realtà analogica. La iper-connettività che caratterizza il vivere comune – componente fondamentale della *relazionalità* umana –

alle singole esigenze, come, per es., nei distributori automatici, in vari tipi di elettrodomestici, nei sistemi di diagnostica o di controllo nell'automobile, nei dispositivi di lettura di *compact disc*. La versatilità e il basso costo dei [microprocessori] ha reso anche possibile la realizzazione di vari calcolatori, specialmente nella classe dei *personal computer* (→ PC) e delle piccole *work station*, permettendone di fatto la diffusione su larga scala».

⁶ Ponevano in luce la questione, ad esempio, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 71 e L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 1999, pp. 322 ss.

⁷ L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. PRODI, V. SELLAROLI, Giuffrè, Milano, 2020, p. 709, ritiene che si imponga addirittura un ripensamento dell'intero ordinamento penale e, più in generale, giuridico alla luce dell'impatto delle tecnologie sui rapporti interpersonali e sociali, evidenziando come esse incidano sulla conformazione e sul funzionamento del sistema economico, sociale e politico. Più cauta, invece, la posizione di S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 568, che rifiuta la costruzione di una “parte generale del diritto penale della rete”; e ciò in quanto, per un verso, tale “nuova” parte generale si discosterebbe solo parzialmente dalla parte generale “tradizionale” e, per altro verso, implicherebbe comunque una propria proiezione su reati specifici.

⁸ Il richiamo è a G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, p. 432, che, concludendo, osserva come «il diffuso slogan per cui tutto ciò che è illecito *offline* deve esserlo anche *online* ha senso con riguardo alla diretta commissione di reati, ma allo stesso modo non appare congrua, per i fatti *online*, l'attribuzione di forme di responsabilità esterna per omesso impedimento che non sarebbero concepite in relazione ai corrispondenti fatti commessi *offline*». Similmente, con specifico riguardo agli obblighi di controllo dei *providers* e dei responsabili degli altri mezzi di comunicazione, S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 1998, p. 771. Sottolinea che quanto è illecito *offline* deve esserlo anche *online* anche L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 720. Invero, la considerazione si trovava in forma pressoché invariata già nel Report del 20 marzo 1997 sulla comunicazione della Commissione europea al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, 16 ottobre 1996, COM (96) 487, sulle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet («*what is illegal off-line is also illegal on-line, and it is up to the Member States to ensure respect for the law*»).

⁹ Cfr. L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 712.

diviene parte dell'agire della persona, ormai immersa in una nuova dimensione di confine: l'*infosfera*¹⁰.

Il *cyberspace* diviene “luogo” di proliferazione di reati non solo cibernetici “in senso stretto”, ovvero degli illeciti che richiedono, per essere commessi, l'utilizzo del mezzo informatico, bensì anche di quelli cibernetici “in senso ampio” o “comuni”, ovvero dei reati pensati, prima di tutto, per condotte tenute nella realtà “analogica”¹¹.

«Il concetto di *Cyberspace* associa infatti alla “cibernetica” – che allude alla scienza che studia i modi e meccanismi con cui gli esseri viventi e le macchine comunicano fra loro e con l'ambiente esterno, e lo controllano – l'idea di uno “spazio” davvero globale, che non può affatto definirsi “virtuale” in quanto è ormai una dimensione imprescindibile della realtà sociale, con un ruolo propulsore della complessa dinamicità del mondo contemporaneo»¹².

D'altro canto, lo studio di siffatti fenomeni non potrebbe essere affrontato in ottica “meramente” *statica*, ovvero volta a sviscerare i loro peculiari connotati e le ripercussioni sugli istituti di parte generale che questi presentano (opzione, peraltro, non poco ambiziosa). Esso va condotto anche in senso *dinamico*, alla luce dell'indiscutibile natura criminogena del *cyberspace*.

Evidente dunque la visione doppiamente “incidente” dello *strumento informatico*: esso rivoluziona i rapporti sociali, in quanto si inserisce in una realtà inestricabilmente intrecciata con quella analogica, e fomenta la commissione di reati¹³.

Di qui la messa in discussione del postulato poc'anzi enunciato: se pare incontrovertibile che ciò che è illecito *offline* deve esserlo anche *online*, non è vero il contrario, ovvero che ciò che è lecito *offline* dovrebbe esserlo anche *online*¹⁴. E il terreno d'elezione per la dimostrazione di tale approdo risulta proprio la responsabilità (penale)

¹⁰ In argomento, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

¹¹ Sul punto si tornerà al § 5.

¹² L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 710.

¹³ Il punto sarà approfondito al § 7.

¹⁴ Benché in termini più sfumati, e partendo da presupposti parzialmente dissimili, paiono aderire alla medesima considerazione anche V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2000, p. 279 e D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2004, p. 59. L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2013, p. 73 s., evidenzia però come l'utilizzo dello strumento penale debba pur sempre rispettare le garanzie sostanziali, evitando di sanzionare penalmente atti *neutrali* o del tutto privi di un concreto sviluppo offensivo.

degli *internet service provider* (ISP) e delle piattaforme digitali, che con i primi condividono diversi caratteri. Come si avrà modo di osservare, essi sono fornitori di servizi in rete che permettono ora l'accesso a d *Internet*, ora la memorizzazione di media o lunga durata di dati, ora la possibilità di condividere contenuti, in tempo reale o meno, della più diversa natura: scritti, immagini, suoni, video.

La responsabilità penale di tali soggetti per gli illeciti commessi da coloro che usufruiscono dei servizi richiamati è stata pressoché costantemente esclusa sulla base delle più svariate argomentazioni, di natura sia politico-criminale sia giuridica¹⁵.

La volontà di non imbrigliare eccessivamente lo sviluppo della rete, e dei connessi benefici, ha financo portato – almeno secondo l'impostazione tradizionale – al varo di un c.d. *safe harbour* di matrice comunitaria, ovvero di uno spazio di impunità a loro beneficio: artt. 12, 13, 14 e 15 della direttiva sul commercio elettronico (CE 2000/31), successivamente trasfusi negli artt. 14, 15, 16 e 17 del d. lgs. 70/2003, oggi abrogati a causa dell'entrata in vigore del Regolamento 2022/2065 UE¹⁶.

Ugualmente, sul versante nazionale, la dottrina penalistica largamente dominante non pare aver mostrato vivo interesse in relazione alla possibile responsabilizzazione penale di tali soggetti. Troppi erano i nodi problematici da sciogliere. Tra i tanti: l'impossibilità di effettuare un vaglio preventivo sulle azioni e sui contenuti commessi in rete dagli utenti, la già avvenuta consumazione del reato una volta che i *providers* ne avessero appreso la realizzazione, l'eventuale assegnazione di un ruolo di “decisore di liceità” (circa le condotte realizzate da terzi e sui contenuti veicolati in rete) ad un soggetto privato.

Siffatta “anomalia”, quantomeno sul fronte penalistico, ha consentito lo sviluppo di autonormazioni deprivate di qualsiasi base pubblicistica, così ingenerando una sostanziale differenza di trattamento – rilevante, a parere di chi scrive, anche ai sensi dell'art. 3 della Costituzione – tra siffatti soggetti ed altri importanti “veicolatori” di informazioni al pubblico: le testate giornalistiche e radiotelevisive, che pur conservano elementi in comune con i prestatori di servizi digitali, ma per le quali è stata coniata una specifica disciplina, anche di natura penale¹⁷.

¹⁵ Sul punto si tornerà al Capitolo successivo.

¹⁶ Nello specifico, gli artt. da 14 a 17 del d. lgs. 70/2003 sono stati abrogati dall'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024.

¹⁷ Pare rilevare siffatta irragionevolezza anche S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 94, che ricorda come la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 148 del 1981 (Corte Cost., 21 luglio 1981, n. 148, in www.cortecostituzionale.it), abbia dapprima ritenuto la persuasività dell'informazione a mezzo

Comparando, benché implicitamente, tali soggetti agli addetti dei servizi postali¹⁸, ai gestori telefonici, ai proprietari di un appartamento o di un albergo¹⁹, si è venuto a creare un evidente paradosso: l'*abuso* dello strumento dotato di maggior "potere" criminogeno è rimasto sprovvisto, sotto questo specifico profilo, di una vera e propria regolamentazione penalmente sanzionata. E tale risultato, mantenendo la prospettiva con cui è stata sino ad ora vagliata la responsabilità degli ISP e delle piattaforme digitali, non potrebbe dirsi mutato nemmeno a seguito del varo del regolamento 2022/2065 UE, che, per la parte di interesse, pare riproporre in larga misura il richiamato *safe harbour* comunitario.

Nel presente Capitolo, a seguito dell'approfondimento dei caratteri tipici di *Internet* e dei servizi offerti dai soggetti di cui si vuole indagare la responsabilità, imprescindibile per una corretta comprensione del fenomeno, l'attenzione verrà soffermata sulla matrice criminologica del *web* e, successivamente, sullo strumentario utilizzabile per comprendere la conformazione dei fatti criminosi commessi nel *cyberspace*²⁰.

L'analisi verrà ristretta alle *content-related offences*, che si mostrano interessanti sotto molteplici punti di vista: su tutti, perché la definizione della tipicità avviene sulla base della conformazione del contenuto illecito, che fa da *pendant* alla standardizzazione dell'azione penalmente rilevante²¹.

Verrà così sindacato il significato che la diffusione dell'informazione vietata assume nell'analisi del reato, da cui emergerà la necessità, per garantire il principio di *personalità*, di considerare insussistente la corrispondenza tra il rischio illecito attivato o aumentato e quello realizzatosi nell'offesa (c.d. nesso di rischio) qualora la proliferazione del contenuto

televisivo superiore rispetto a quella veicolata tramite la stampa, salvo poi tornare sui propri passi a distanza di un anno, allorquando venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del regime sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa. «La stampa non ha cessato di profilarsi quale più pericoloso veicolo di diffamazione e, pertanto, non è irrazionale la *taxatio* maggiore rispetto alla tecnica radiotelevisiva». Così, Corte Cost., 22 ottobre 1982, n. 168, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ Il riferimento è a U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 3, pp. 761 ss., che richiama i precedenti giurisprudenziali intervenuti sulla responsabilità degli operatori connessi alla diffusione e all'utilizzo della stampa (tra i quali vengono ricompresi anche le librerie e i servizi bibliotecari), dei soggetti che intercedono a vario titolo nel settore della radio e della televisione, nello svolgimento dei servizi postali e di telecomunicazione e dei gestori dei servizi di Videotel e di Mailbox.

¹⁹ Il riferimento è tratto da G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 52.

²⁰ Il riferimento è, segnatamente, ai §§ 2, 3, 7, 8.

²¹ Sulla definizione di tale tipologia di reati si tornerà al § 6. Sin d'ora, si anticipa però che essi ineriscono alla condivisione di informazioni illecite (es. contenuti diffamatori, pedopornografici, incitanti all'odio, etc.) in rete o attraverso mezzi di comunicazione "tradizionali" (quali stampa o radiotelevisione).

nel *web*, così come in concreto avvenuta, sia dipesa da fattori imprevedibili *ex ante*. In tal guisa, verrà tratteggiato il *volto costituzionale dell'illecito cibernetico*²².

Tutto ciò costituirà il punto di partenza per il successivo approfondimento, sulla base della normativa originaria e vigente, della responsabilità penale dei *providers*.

2. *I computer-crimes*

L'attenzione del penalista sui fatti offensivi di beni giuridici realizzati mediante l'utilizzo del "microcalcolatore" può dirsi coeva alla diffusione, nel corso degli anni '60 del secolo scorso, dei c.d. *personal computer*²³. Da questo momento in avanti, l'emersione di un nuovo fenomeno criminale, dai connotati più svariati e difficilmente riconducibile ad unità, se non rifacendosi al generico utilizzo dello strumento informatico²⁴, ha iniziato ad impegnare scritti dottrinali e organismi internazionali²⁵.

Un rilievo di prim'ordine, sul piano internazionale, è stato assunto dallo studio dell'OCSE sulla criminalità informatica²⁶. Come meglio sarà descritto nel prosieguo, successivamente sono state varate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 1989 e la stessa Associazione internazionale di diritto penale, nel 1994, ha posto la criminalità informatica al centro del proprio XV Congresso, tenutosi a Rio de Janeiro²⁷.

La difficoltà di comprendere gli specifici caratteri di tale forma di criminalità, d'altra parte, ha impedito l'approdo a *definizioni* condivise di *computer-crimes*²⁸.

²² Cfr. § 9 e 10.

²³ Individua la predetta come la prima tappa del complesso rapporto tra informatica e diritto penale, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit. p. 1. La seconda, a parere dell'A., è rappresentata dalla diffusione di *Internet*.

²⁴ Cfr. F. MUCCIARELLI, *I computer-crimes nel disegno di legge 1657/1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 785. L'impostazione è poi ripresa anche in ID., voce *Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*, cit., p. 375.

²⁵ L. SCOPINARO, *Internet e reati contro il patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1, nt. 1, rileva come il primo reato informatico sarebbe stato compiuto nel 1958 e avrebbe riguardato ad un caso di *financial fraud of theft*. Anche L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., p. 35, osserva che inizialmente la dottrina riconduceva il fenomeno al settore della criminalità economica.

²⁶ *Computer-related crime. Analysis of Legal Policy* [OCSE], Paris, 1986.

²⁷ Per un approfondimento in merito alle interazioni tra le fonti nazionali e internazionali in materia, si rinvia, per tutti, a L. PICOTTI, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., pp. 48 ss.

²⁸ Emblematica è la rinuncia alla definizione di criminalità informatica nella già richiamata analisi svolta dall'OCSE del 1986. Il timore era che, per questa via, potessero essere estromessi fenomeni di abuso noti in quel momento. D'altra parte, C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2006, p. 2, nt. 1, segnala come in dottrina non vi fosse condivisione nemmeno sulla valorizzazione del termine *computer-*

Per un verso, si sono sviluppate concezioni *lato sensu* “relazionali”, cioè valorizzanti, in ultima analisi, il rapporto tra il comportamento umano ed il *computer*: i *computer-crimes* quali illeciti commessi mediante l'utilizzo di un nuovo “strumento” (il *computer*)²⁹.

Per altro verso, l'attenzione è stata riposta sui nuovi “destinatari” delle condotte: i *computer-crimes* come illeciti che «si caratterizzano per avere ad oggetto i *dati*, le *informazioni* o le *operazioni* di un sistema informatico»³⁰. In quest'ottica, si è notato come il danneggiamento di dati o di un sistema informatico o, ancora, la cancellazione di informazioni ben potrebbero essere realizzati senza l'ausilio del mezzo informatico (ad es. semplicemente avvicinando una calamita alla testina del *computer*)³¹.

Nella dottrina nazionale parrebbe aver riscontrato maggior successo, in ogni caso, una tesi intermedia, volta ad accomunare il nuovo “oggetto informatico” all'utilizzo del nuovo “strumento informatico”³².

L'albero avvelenato, tuttavia, è inevitabilmente destinato a produrre frutti avvelenati: se non è condivisa la definizione di *computer-crimes*, non possono esserlo nemmeno le classificazioni che da essa dipendono.

In estrema sintesi, due sono stati gli approcci che si sono contesi il campo. Il primo, più risalente, di matrice essenzialmente descrittivo-criminologica; il secondo, più recente, di marca tecnico-giuridica.

Quanto al primo, una diffusa classificazione ha distinto i *computer-crimes* in tre categorie: i reati che possono essere realizzati anche attraverso un uso lecito del *computer*, originariamente ricondotti alle violazioni della riservatezza; i reati, tipicamente a carattere patrimoniale, realizzati mediante un utilizzo illecito del *computer* (si pensi, ad esempio, alle

crimes per descrivere il fenomeno. L'A. segnala infatti che, per evidenziare come il *computer* non fosse l'autore, ma il mero strumento, all'espressione *computer crime*, originariamente utilizzata dalla dottrina nordamericana, sia stata successivamente contrapposta quella di *computer-related crime*.

²⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità informatica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 654; G.M. MAZZEI, *Appunti sulla repressione penale dei computer crimes*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 706 s. e, in precedenza, C. SARZANA, *Criminalità e tecnologia: il caso dei «computer-crimes»*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1979, p. 59, cui si rimanda anche per alcuni riferimenti alla letteratura straniera, il quale ricomprende nella categoria dei *computer-crimes* «qualsiasi comportamento criminoso in cui il *computer* è stato coinvolto o come mezzo materiale o come oggetto dell'azione criminosa ovvero come mezzo simbolico».

³⁰ D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 32 (corsivo aggiunto).

³¹ Così D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 29 s.

³² Per gli opportuni riferimenti bibliografici si rinvia a D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 28, nt. 76.

frodi informatiche); da ultimo, i reati che hanno per oggetto il *computer* e, nello specifico, i suoi programmi (in ipotesi, le “imitazioni” di *software* altrui)³³. Superfluo evidenziare come tali classificazioni³⁴, o perché troppo ampie o perché troppo selettive, siano state ritenute insoddisfacenti in dottrina³⁵.

Il secondo approccio, maggiormente aderente ad una classificazione giuridico-concettuale, e perciò meritevole di accoglimento, ha distinto siffatti illeciti in base al bene giuridico tutelato.

L'evoluzione rispecchia, d'altronde, l'andamento fisiologico dell'analisi di un fenomeno criminale, che postula, in prima battuta, il suo approfondimento criminologico e, in seconda battuta, la relativa problematizzazione sul piano tecnico-giudico³⁶.

Si sono così distinti gli illeciti posti a tutela di beni giuridici *tradizionali*, ma caratterizzati da nuove modalità di aggressione (emblematico è l'esempio della frode informatica, che, pur volgendosi a danno del patrimonio, è caratterizzata da modalità di estrinsecazione del tutto incompatibili con quelle della truffa); illeciti posti a tutela di beni giuridici *analoghi* a quelli tradizionali, in quanto fortemente incisi, nella propria conformazione, dal peculiare oggetto passivo su cui si riversa la condotta (si pensi, ad es., alle falsità informatiche); nonché illeciti posti a tutela di beni giuridici *nuovi*, creati dall'informatica: tipicamente, l'integrità, la sicurezza e la riservatezza informatica³⁷.

³³ La suddivisione richiamata si deve a F. MUCCIARELLI, *I computer-crimes nel disegno di legge 1657/1984*, cit., p. 785 s.; ID., voce *Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*, cit., p. 377. D'altra parte, B. PANATTONI, *L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto penale dell'informatica. Verso nuovi modelli di responsabilità penale*, Tesi di dottorato in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università di Verona, 2022, p. 66, evidenzia come tale sistematica riflettesse approcci già adottati dalla lettura d'oltreoceano. Già D.B. PARKER, *Crime by computer*, Charles Scribner's Sons, New York, 1976, ad esempio, «aveva suddiviso i *computer crimes* sulla base del ruolo ricoperto dal computer nella realizzazione del reato».

³⁴ Un'ulteriore categorizzazione dei *computer-crimes* viene proposta, ad es., da C. SARZANA, *Criminalità e tecnologia: il caso dei «computer-crimes»*, cit., pp. 59 ss., che li distingue in (i) reati nella cui esecuzione viene in rilievo l'utilizzo del *computer* ed il cui scopo è quello della realizzazione di un profitto e/o di un danno; (ii) reati che si rivolgono *contro* il *computer*, danneggiandone i dati o i programmi; (iii) reati che, mediante l'utilizzo del computer, mirano a procurare danni all'integrità fisica di singoli o gruppi.

³⁵ Per tutti, C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., pp. 2 ss.

³⁶ Meritano richiamo, sul punto, le osservazioni di C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Problemi vecchi e nuovi nella lotta alla criminalità informatica*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, p. 3: «devo dire che negli anni '60 il fenomeno della delinquenza informatica era studiato soprattutto da criminologi e ciò non per un fatto culturale. I giuristi sono intervenuti in un secondo momento per una ragione ben precisa e cioè perché l'inquadramento giuridico dell'illecito informatico è molto più difficile rispetto a quello di tipo descrittivo-criminologico».

³⁷ Cfr., approfonditamente, L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, pp. 21 ss., in part. 53 ss.

2.1. La nascita del diritto penale dell'informatica

Com'è intuibile, la descritta evoluzione teorica si è posta a cavallo del primo intervento organico in materia³⁸: la legge del 23 dicembre 1993, n. 547³⁹, per il cui varo hanno assunto un peso decisivo le raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 1989⁴⁰.

Esse hanno imposto agli Stati membri l'inserimento di una "lista minima" di reati, lasciando loro la possibilità di sanzionare penalmente anche fatti contenuti in una *optional list*. Tra i primi figurano i reati di frode informatica⁴¹; falso informatico⁴²; danneggiamento

³⁸ C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 711, segnala tuttavia come anche in precedenza vi siano stati puntuali interventi di repressione della criminalità informatica, sebbene con esiti non sempre del tutto soddisfacenti. A proposito, l'A richiama la l. 191 del 1978, di conversione, con modificazioni, del d.l. 59 del 1978, il cui art. 1 ha introdotto, all'art. 420 c.p., il delitto di attentato a impianti di pubblica utilità, ricomprendendovi anche gli impianti di elaborazione di dati, e la l. 197 del 1991, di conversione, con modificazioni, del d.l. 143 del 1991, il cui art. 12 (anche a seguito delle modificazioni) sanzionava le condotte di utilizzo, falsificazione, alterazione, possesso o cessione di carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento abilitante al prelievo di denaro contante. Segnala il ritardo del legislatore nazionale rispetto a quelli di altri Stati europei ed extraeuropei anche F. TAVASSI LA GRECA, *Hacking e criminalità informatica*, in *Adir-L'altro diritto*, 2003, Cap. III, par. I. Tra i primi vengono citati Danimarca, Norvegia, Austria, Francia e, tra i secondi, Stati Uniti, Australia, Canada, Giappone.

³⁹ In commento alla l. 23 dicembre 1993, n. 547, si rimanda a R. BORRUSO, *La tutela del documento e dei dati*, in *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1 ss.; G. D'AIETTI, *La tutela dei programmi e dei sistemi informatici*, *ibidem*, pp. 39 ss.; G. CORASANITI, *La tutela della comunicazione informatica e telematica*, *ibidem*, pp. 101 ss.; C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., pp. 11 ss. (già in EAD., *Il diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2000, pp. 11 ss.); P. GALDIERI, *Il Diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 27 ss. Per un commento articolo per articolo, F. MUCCIARELLI, *sub art. 1 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, pp. 57 ss.; ID., *sub art. 2 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 59 ss.; L. PICOTTI, *sub art. 3 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 62 ss.; F. MUCCIARELLI, *sub art. 4 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 98 ss.; L. PICOTTI, *sub art. 5 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 109 ss.; R. RINALDI, L. PICOTTI, *sub art. 6 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 118 ss.; L. PICOTTI, *sub art. 7 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 125 ss.; ID., *sub art. 8 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 129 ss.; R. RINALDI, *sub art. 9 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 134 ss.; F. MUCCIARELLI, *sub art. 10 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 136 ss.; L. UGOCCIONI, *sub art. 11 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 140 ss.; EAD., *sub art. 12 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 144 ss.; EAD., *sub art. 13 l. 547 del 1993*, *ibidem*, pp. 147 ss.

⁴⁰ In argomento, per tutti, C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., pp. 7 ss.

⁴¹ "Computer-related fraud": «the input, alteration, erasure or suppression of computer data or computer programmes, or other interference with the course of data processing, that influences the result of data processing thereby causing economic or possessory loss of property of another person with the intent of procuring an unlawful economic gain for himself or for another person (alternative draft: with the intent to unlawfully deprive that person of his property)».

⁴² "Computer forgery": «the input, alteration, erasure or suppression of computer data or computer programs, or other interference with the course of data processing, in a manner or under such conditions, as prescribed by national law, that it would constitute the offence of forgery if it had been committed with respect to a traditional object of such an offence».

di dati o programmi informatici⁴³; sabotaggio informatico⁴⁴; accesso non autorizzato⁴⁵; intercettazione non autorizzata⁴⁶; riproduzione non autorizzata di programmi informatici protetti⁴⁷; riproduzione non autorizzata di una topografia⁴⁸. Tra i secondi, quelli di alterazione di dati o programmi informatici⁴⁹; spionaggio informatico⁵⁰; utilizzazione non autorizzata di un *computer*⁵¹; utilizzazione non autorizzata di programmi informatici protetti⁵².

Condividendo le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, la risoluzione finale dell'Associazione internazionale di diritto penale del 1994 evidenziò peraltro due ulteriori forme di abuso meritevoli di sanzione: il traffico di informazioni o di codici di accesso ad un sistema informatico ottenuti illecitamente e la diffusione di programmi virus. Inoltre, tale ultimo atto sollecitò l'attenzione degli Stati sull'opportunità di prevedere sanzioni penali anche per condotte gravemente colpose (*«Une attention particulière devrait porter sur l'utilisation des normes pénales qui incriminent l'imprudence ou la création de risques dangereux et sur les problèmes pratiques de leur exécution»*)⁵³.

⁴³ "Damage to computer data or programs": «the erasure, damaging, deterioration or suppression of computer data or computer programs without right».

⁴⁴ "Computer sabotage": «the input, alteration, erasure or suppression of computer data or computer programs, or interference with computer systems, with the intent to hinder the functioning of a computer or a telecommunications system».

⁴⁵ "Unauthorised access": «the access without right to a computer system or network by infringing security measures».

⁴⁶ "Unauthorised interception": «the interception, made without right and by technical means, of communications to, from and within a computer system or network».

⁴⁷ "Unauthorised reproduction of protected computer program": «the reproduction, distribution or communication to the public without right of a computer program which is protected by law».

⁴⁸ "Unauthorised reproduction of a topography": «the reproduction without right of a topography, protected by law, of a semiconductor product, or the commercial exploitation or the importation for that purpose, done without right, of a topography or of a semiconductor product manufactured by using the topography».

⁴⁹ "Alteration of computer data or computer programs": «the alteration of computer data or computer programs without right».

⁵⁰ "Computer espionage": «the acquisition by improper means or the disclosure, transfer or use of a trade or commercial secret without right or any other legal justification, with intent either to cause economic loss to the person entitled to the secret or to obtain an unlawful economic advantage for oneself or a third person».

⁵¹ "Unauthorised use of a computer": «the use of computer system or network without right, that either: i) is made with the acceptance of a significant risk of loss being caused to the person entitled to use the system or of harm to the system or its functioning; or ii) is made with the intent to cause loss to the person entitled to use the system or harm to the system or its functioning; or iii) causes loss to the person entitled to use the system or harm to the system or its functioning».

⁵² "Unauthorised use of a protected computer program": «the use without right of a computer program which is protected by law and which has been reproduced without right, with the intent, either to procure an unlawful economic gain for himself or for another person or to cause harm to the holder of the right».

⁵³ In argomento, per tutti, C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 2006, pp. 9 ss.; EAD., voce *Reati informatici*, cit., p. 708 s.

Quanto alle tecniche legislative, due erano le strade perseguibili: quella “organica”, già adottata dall’ordinamento francese con la l. 88-19 del 5 gennaio 1988 (nota come “legge Godfrain”), che implica la riunione delle fattispecie introdotte in un autonomo titolo del codice o in un separato *corpus* legislativo, e quella “evolutiva”, a cui ha fatto ricorso la Repubblica Federale Tedesca con il *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (2.WiKG) del 5 maggio 1986, consistente nell’adattamento (normativo) delle fattispecie esistenti alle peculiarità proprie dei reati informatici⁵⁴.

Ebbene, compreso che le lacune di tutela non si sarebbero potute colmare se non con l’estensione analogica delle fattispecie esistenti⁵⁵, la Commissione ministeriale presieduta dal dott. Piero Callà, ricalcando le modalità d’intervento prescelte dall’ordinamento tedesco, ha dato esplicita cittadinanza normativa, nel nostro ordinamento, al diritto penale dell’informatica.

Anche a partire da tale scelta legislativa, si è fatto largo in (parte di) dottrina il convincimento che non si potesse far riferimento ad alcun “nuovo” bene giuridico. Secondo questa impostazione, il legislatore non avrebbe fatto altro che estendere la tutela dei beni giuridici tradizionali alle nuove espressioni (*rectius*, alle nuove modalità di lesione) della criminalità informatica⁵⁶. Di diversa opinione sono invece gli Autori che considerano il quesito non risolvibile esclusivamente a partire dal modello di intervento adottato dal legislatore, sottolineando la necessità di porre l’accento, per la risoluzione della questione, sulla struttura delle fattispecie coinvolte⁵⁷.

⁵⁴ Cfr., tra gli altri, V. FROSINI, *La criminalità informatica*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1997, p. 498.

⁵⁵ Evidente è il caso della truffa realizzata mediante mezzi informatici, venuta in rilievo già negli anni ‘80 del secolo scorso, e, benché connotata dall’alterazione del funzionamento di un macchinario e non da una induzione in errore di un soggetto, è stata talvolta ricondotta alla tradizionale fattispecie di cui all’art. 640 c.p. Sul punto, tra gli altri, F. TAVASSI LA GRECA, *Hacking e criminalità informatica*, cit., Cap. III, par. II. Segnala l’esigenza da parte del legislatore di colmare vuoti di tutela, riportando come esempio proprio la frode informatica, anche M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica del diritto*, 1994, 4, p. 12 s.

⁵⁶ In questo senso, tra gli altri, D. FONDAROLI, *La tutela penale dei «beni informatici»*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1996, p. 302; F. RUGGIERO, *Cyberspazio e diritto penale: il problema del bene giuridico*, in *Rivista penale*, 2001, p. 218; C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, cit., p. 712, che segnala come «l’allora Ministro di grazia e giustizia (G. Conso) sottolineava come le diverse manifestazioni di quel fenomeno che chiamiamo “criminalità informatica” altro non sono che “nuove forme di aggressione caratterizzate dal mezzo o dall’oggetto materiale, a beni giuridici [...] già oggetto di tutela nelle diverse parti del corpo del codice penale”». Il richiamo alla relazione allo schema di disegno di legge è effettuato anche da M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, cit., p. 12., che, su tale base, pare convincersi della tesi richiamata.

⁵⁷ Tra questi, benché con argomentazioni non sempre coincidenti e diversi approdi nell’individuazione di tali neo-nati oggetti di tutela, F. BERGHELLA, R. BLAIOTTA, *Diritto penale dell’informatica*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2329 s.; V. FROSINI, *La criminalità informatica*, cit., p. 488 s.; P. VENEZIANI, *I beni giuridici tutelati dalle norme penali in materia di riservatezza informatica e disciplina dei dati personali*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 139 s.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 41 ss., che segnala l’incongruenza nel

Sotto altro spetto, merita condivisione la posizione di chi rileva come l'inserimento di tali fattispecie nel codice penale evidenzi la volontà di stigmatizzare questa nuova forma di criminalità⁵⁸.

3. La genesi di una nuova infrastruttura comunicativa: Internet

L'approfondimento delle varie riforme che si sono succedute ed hanno interessato il diritto penale dell'informatica sarebbe opera ultronea rispetto all'obiettivo di questo lavoro. Per ciò che qui interessa, basti evidenziare il mutamento di scenario – in parte già anticipato – realizzatosi con l'avvento di *Internet*.

«Internet (alla lettera: “interrete”) è un sistema di comunicazione globale, basato fisicamente sul collegamento “telematico” fra reti locali di sistemi informatici di tutto il mondo, in qualsiasi luogo siano situati, nato a seguito della progressiva apertura al pubblico di un sistema di intercomunicazione (la Arpanet), ideato e realizzato negli Stati Uniti d'America ai tempi della cosiddetta “guerra fredda”, dalla A.R.P.A. (Advanced Research Projects Agency), un'agenzia del governo statunitense costituita nel 1958 (subito dopo il primo lancio di un satellite russo in orbita, che impressionò molto l'opinione pubblica americana) per il finanziamento della ricerca militare»⁵⁹. Il peculiare carattere di *Internet* – nonché elemento fondamentale di distinzione con gli altri sistemi di comunicazione dell'epoca – era la propria conformazione “anarchica”. Volendo mantenere in funzione il sistema di trasmissione di informazioni anche qualora parte delle postazioni informatiche fossero cadute sotto il controllo del nemico, è stata ideata una vera e propria conformazione *reticolare* di comunicazione, refrattaria ad ogni tipologia di centralizzazione: una «ragnatela senza ragno» è stata efficacemente definita in dottrina⁶⁰. Indefinibili a priori erano le vie che

considerare la nascita di nuovi beni giuridici, ad es., in Francia e non in Germania o in Italia per semplici ragioni di tecnica legislativa.

⁵⁸ Così, M. MANTOVANI, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, cit., p. 13. In senso analogo, anche F. RUGGIERO, *Cyberspazio e diritto penale*, cit., p. 218.

⁵⁹ G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 7. Sulla nascita e diffusione di *Internet*, diffusamente, M. CALVO, F. CIOTTI, G. RONCAGLIA, M.A. ZELA, *Internet 2000. Manuale per l'uso della rete*, Editori Laterza, Bari, 1999. Per una cronistoria delle più significative tappe relative alla nascita e all'evoluzione di *Internet*, S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, *Internet e la legge. La persona – La proprietà intellettuale. Il commercio elettronico – Gli aspetti penalistici*, Hoepli, Milano, 2001, pp. 3 ss.

⁶⁰ A.L. BARABASI, *Link. La scienza delle Reti*, Einaudi, Torino, 2004, p. 184. La metafora viene ripresa anche da A. PAPA, “Democrazia della comunicazione” e formazione dell'opinione pubblica, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017, p. 14 e B. PANATTONI, *L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto penale dell'informatica*, cit., p. 77.

avrebbe potuto assumere una comunicazione per giungere al proprio destinatario. Il sistema di comunicazione telematica si fondava su un'architettura stratificata: le numerose reti locali (LAN), operanti in aree circoscritte, erano a loro volta collegate con una struttura di reti geografiche (WAN) in grado di coprire distanze maggiori. Qualora uno o più “nodi” di comunicazione fossero stati compromessi o danneggiati, il messaggio avrebbe individuato percorsi alternativi per giungere a destinazione.

Verso la metà degli anni '90, *Internet*, dapprima aperto alla ricerca universitaria, naturalmente favorita della facilitazione dello scambio di informazioni, si è diffuso tra i consociati. La predisposizione di protocolli condivisi – fondamentalmente, il TCP e l'IP (rispettivamente *Transmission control protocol* e *Internet protocol*) – ha permesso il dialogo tra diversi *hardware*, allocati in tutto il mondo, e, conseguentemente, la comunicazione, anche in tempo reale, tra soggetti posti in aree geografiche talvolta assai distanti tra loro.

«Le reti che operano con il protocollo TCP/IP sono dette a “commutazione di pacchetto”, perché consentono di utilizzare il medesimo cavo fisico per far passare contemporaneamente plurime trasmissioni di dati, racchiusi in “pacchetti” costruiti dal protocollo TCP/IP, tra mittenti e destinatari diversi»⁶¹. Di qui un'ulteriore peculiarità della comunicazione via *Internet*: la standardizzazione “esteriore” delle informazioni e della relativa modalità di trasmissione. In altri termini, i contenuti consultabili in rete altro non sono che *file*, cioè registrazioni magnetiche o ottiche di *bytes*, del tutto simili nella loro esteriorità – si presentano infatti come una stringa di dati binari –, radicati fisicamente sui server dei *provider* o sui *computer* dei singoli utenti.

Com'è naturale, in questo nuovo contesto infrastrutturale, un ruolo decisivo viene giocato dai fornitori di servizi *Internet* (ISP). Per sommi capi, gli stessi potrebbero essere suddivisi in quattro macro-categorie: (i) i *content providers*; (ii) gli *access providers*; (iii) i *caching providers*; (iv) gli *hosting providers*.

(i) I *content providers* sono i veri e propri autori di contenuti in rete. Si pensi, ad esempio, a blog o pagine *Internet* che non permettono interazioni con gli utenti.

(ii) Vengono definiti *access providers*, invece, i meri fornitori di servizi di accesso alla rete e di trasmissione automatica di dati. In altri termini, essi si configurano come soggetti che consentono all'utente l'accesso alla struttura comunicativa di *Internet*, o, al più, operano come “vettori” neutrali del flusso informativo.

⁶¹ G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 7 s.

(iii) I *caching providers* sono invece i soggetti che garantiscono la c.d. memorizzazione automatica e temporanea di dati. Essi permettono una più rapida fruizione dei servizi di rete in quanto memorizzano copie delle risorse più frequentemente richieste, che vengono rese disponibili agli altri utenti senza dover essere scaricate nuovamente dal server originale. In estrema sintesi, il *caching provider* conserva temporaneamente sui propri server una copia del contenuto richiesto dal privato, il quale viene reso disponibile agli altri utenti che lo richiedano. Tale processo riduce il tempo di caricamento dei contenuti e permette di ridurre il carico di lavoro sui server originali.

(iv) Gli *hosting providers* sono fornitori di memorizzazione di lunga durata di dati. Questi rendono disponibile, in altri termini, uno spazio fisico di memorizzazione delle «registrazioni magnetiche o ottiche di *bytes*»⁶² che compongono i *file*, permettendone l'accesso al pubblico: sono i veri “custodi” dei dati in rete⁶³.

Più in generale, nella convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, siglata a Budapest il 23 novembre 2001, il *service provider* viene definito come «(i) any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, and (ii) any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service».

3.1. L'evoluzione delle comunicazioni via Internet: il web 1.0, 2.0, 3.0 (e 4.0, 5.0)

Per comprendere appieno la pervasività del fenomeno osmotico tra realtà virtuale ed analogica, e per sondarne dunque i riflessi sul piano penalistico, è essenziale ripercorrere l'evoluzione delle TIC che poggiano sull'infrastruttura di *Internet*.

Benché fortemente interconnessi, i concetti di *web* e *Internet* non sono sovrapponibili. *Internet*, come osservato nel paragrafo precedente, è la rete globale che, per mezzo dell'utilizzo di protocolli condivisi, permette la comunicazione tra diversi dispositivi.

⁶² G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 9.

⁶³ La definizione è in larga parte sovrapponibile a quella contenuta nella direttiva CE 31/2000, la quale è stata a propria volta ricompresa nel Regolamento UE 2065/2022 (c.d. *Digital services act*). Leggermente più articolata è invece la classificazione di U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., p. 759 s., operata sulla base delle concrete possibilità di interazione del *service provider* con il contenuto dei dati da questi gestiti, il quale li distingue, sebbene con nomenclatura talvolta differente, in: (i) *content providers*; (ii) *content moderators*; (iii) *hosting providers*; (iv) *mere conduit providers*; (v) *access providers*.

Il *World wide web* (www o, più comunemente, “web”) è il servizio, inventato da Berners-Lee nel 1989, che, sfruttando la rete, permette agli utenti di visualizzare testi, immagini e altri contenuti multimediali, nonché di spostarsi da una pagina all’altra cliccando semplicemente sui collegamenti ipertestuali⁶⁴.

Ai suoi albori, il *web* (1.0) era caratterizzato da struttura *monodirezionale*, simile a quella dei canali di informazione offerta dai *mass media*: gli utenti erano i destinatari passivi dei contenuti veicolati da un numero relativamente ristretto di soggetti (i c.d. *content provider*)⁶⁵.

Successivamente, sono state ideate piattaforme di condivisione di informazioni e contenuti digitali creati direttamente dagli utenti (*web* 2.0), quali blog, *social network*, forum etc. I privati, lungi dal rimanere meri fruitori passivi dell’informazione realizzata da altri, ne sono dunque divenuti i protagonisti. Non a caso, rispetto a tale (nuova) forma di comunicazione si suole far riferimento ai concetti di «*people-centric web, participative web, and read-write web*»⁶⁶.

Il termine *web* 2.0 venne coniato da Dougherty, vice presidente della casa editrice statunitense O’Reilly Media, che, sul proprio sito istituzionale, lo definì come «*the business revolution in the computer industry caused by the move to the internet as platform, and an attempt to understand the rules for success on that new platform. Chief among those rules is this: Build applications that harness network effects to get better the more people use them*»⁶⁷.

Di qui il passaggio al *web* 3.0 (altrimenti definito *semantic web*⁶⁸), ovverosia ad un modello di condivisione e visualizzazione di informazioni che, anche per mezzo

⁶⁴ Per un approfondimento del servizio cfr., tra gli altri, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 755 ss.; G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 8.

⁶⁵ Nella letteratura scientifica straniera, S. AGHAEL, M.A. NEMATBAKHS, H.K. FARSANI, *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, in *International Journal of Web & Semantic Technology*, Vol. 3, 1, 2012, p. 2 s.; D. BENITO-OSORIO, M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, A. COLINO, *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, in *Global Business Perspectives*, 2013, p. 276; F. ALMEIDA, *Concept and Dimensions of Web 4.0*, in *International journal of Computers and Technology*, Vol. 16, 7, 2017, p. 7040. In quella nazionale, tra gli altri, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 716.

⁶⁶ S. AGHAEL, M.A. NEMATBAKHS, H.K. FARSANI, *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, cit., p. 3. Sulla nozione di *web* 2.0 e sulle relative caratteristiche cfr., altresì, D. BENITO-OSORIO, M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, A. COLINO, *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, cit., p. 276 s.; F. ALMEIDA, *Concept and Dimensions of Web 4.0*, cit., p. 7040, che la colloca temporalmente tra il 2000 e il 2009. Nella dottrina nazionale, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 716.

⁶⁷ Cfr. S. AGHAEL, M.A. NEMATBAKHS, H.K. FARSANI, *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, cit., p. 3).

⁶⁸ Così F. ALMEIDA, *Concept and Dimensions of Web 4.0*, cit., p. 7040.

dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, consente, mediante la profilazione degli utenti, di selezionare i contributi in base alle relative necessità e gusti⁶⁹.

Da ultimo, è opportuno segnalare che sono in emersione anche posizioni volte a teorizzare futuribili relazioni uomo-macchina fondate sulle nozioni di *web* 4.0 e 5.0, sebbene in merito alle stesse non siano disponibili definizioni condivise. Il dato comune a queste elaborazioni concettuali, in ogni caso, confluisce in una spiccata simbiosi tra intelligenza umana e artificiale, che permetterebbe ora di garantire connessioni bidirezionali tra l'uomo e l'infrastruttura digitale, la quale verrebbe controllata direttamente dalla mente (*web* 4.0)⁷⁰, ora, finanche, di garantire un'interazione con l'infrastruttura sulla base di stati emotivi e processi cognitivi pre-linguistici, prescindenti, dunque, dai modelli di interazione esplicita (*web* 5.0)⁷¹.

3.2. Dall'“anarchia” all'“oligarchia” della rete

Il carattere “anarchico” di *Internet*⁷², in uno con lo sviluppo del *web* 2.0 – che ha invertito la classica gerarchizzazione nella produzione e diffusione delle informazioni,

⁶⁹ Chiare, in proposito, le considerazioni di F. ALMEIDA, *Concept and Dimensions of Web 4.0*, cit., p. 7040, che, collocando tale fase del *web* tra il 2010 e 2019, osserva: «*Web 3.0 intends to organize how content is searched and viewed by the user. The goal is to customize and optimize the online search, based on the history, interests and wishes of users. Web 3.0 is also called by several authors as the intelligent Web, since its functionalities extend beyond the traditional search services. For example, in Web 3.0 advertisements can be customized according to each user's behavior and preferences*». In argomento, cfr. anche S. AGHAEI, M.A. NEMATBAKHS, H.K. FARSANI, *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, cit., pp. 5 ss.; D. BENITO-OSORIO, M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, A. COLINO, *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, cit., 2013, p. 277. Per una definizione enciclopedica del termine si rimanda a ENCICLOPEDIA TRECCANI, *web 3.0*, Lessico del XXI Secolo, 2013. Da noi, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 716.

⁷⁰ Cfr. S. AGHAEI, M.A. NEMATBAKHS, H.K. FARSANI, *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, cit., p. 8. Meno “ambizioso” risulta il significato assegnato al *web* 4.0 da D. BENITO-OSORIO, M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, A. COLINO, *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, cit., 2013, p. 277, che segnalano come lo stesso risulti «*based on wireless communication (mobile devices or computers) connecting people and objects whenever and wherever in the physical or virtual world in real time. For example, the GPS that guides cars and now helps drivers to improve the planned route or save fuel will shortly save them from having to handle it*». Per un'analisi delle nozioni assegnate in letteratura al *web* 4.0, anche F. ALMEIDA, *Concept and Dimensions of Web 4.0*, cit., pp. 7040 ss. Nella dottrina nostrana, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 716 s.

⁷¹ Cfr. D. BENITO-OSORIO, M. PERIS-ORTIZ, C. RUEDA ARMENGOT, A. COLINO, *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, cit., 2013, p. 277 s., che definiscono il *web* 5.0 come «*the sensory and emotive Web*».

⁷² L'aggettivazione è utilizzata, tra gli altri, da U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 746 ss.

ammettendo chiunque avesse la possibilità di connettersi con qualsiasi dispositivo alla rete di condividere contenuti della più svariata natura –, ha incontrato per lungo tempo il *favor* sia dei privati sia degli organi nazionali e sovranazionali.

Per la prima volta è stato reso disponibile uno strumento comunicativo svincolato, almeno in astratto, dal rigido controllo pubblico o privato: come detto, la rete si caratterizza per l'impossibilità di prevedere le vie che l'informazione potrebbe prendere.

Al contempo, la possibilità per ogni individuo di condividere contenuti di qualsivoglia natura, mantenendo al contempo l'anonimato – si pensi, ad esempio, alla realizzazione di un profilo *social* mediante un nome di fantasia –, ha fatto prevalere sentimenti di fiducia su quelli *lato sensu* securitari.

La conclusione di un *contratto sociale* volto a regolare i rapporti interpersonali nel cyberspazio è stata fermamente rifiutata. Anzi, il timore di ritornare ad una realtà circoscritta in strutture compartimentate, ove l'informazione è veicolata da una ristretta cerchia di soggetti, ha condotto alla redazione di una vera e propria “Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio”.

Emblematico del sentimento di fiducia e di rivalsa assicurato da *Internet* è l'attacco ai governi “industriali” di tutto il mondo: «*your increasingly obsolete information industries would perpetuate themselves by proposing laws, in America and elsewhere, that claim to own speech itself throughout the world. These laws would declare ideas to be another industrial product, no more noble than pig iron. In our world, whatever the human mind may create can be reproduced and distributed infinitely at no cost. The global conveyance of thought no longer requires your factories to accomplish*»⁷³.

D'altro canto, le opportunità economiche dischiuse dallo sviluppo di *Internet* hanno impedito il varo di una normativa deputata a sottoporre al controllo di autorità pubbliche o private il contenuto di quanto caricato dagli utenti. Il timore, evidentemente, era quello di imbrigliare le potenzialità evolutive della rete.

Spostando poi l'attenzione sul piano dell'effettività della tutela penale⁷⁴, benché, come anticipato in apertura, sia ormai consolidato il principio secondo il quale “ciò che è illecito *offline* deve esserlo anche *online*”, e sebbene siffatto risultato sia stato (almeno

⁷³ J. PERRY BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in *Electronic Frontier Foundation*, 8 febbraio 1996.

⁷⁴ In argomento, per tutti, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.

formalmente) raggiunto mediante la previsione di fattispecie penali o di elementi accessori specificamente pensati per il mezzo informatico o telematico, non è difficile accorgersi di come le sempre nuove tecniche di realizzazione dei reati abbiano assai spesso impedito di individuarne gli autori.

Si pensi, ad esempio, alla commissione di un illecito mediante l'utilizzo di una vpn (*Virtual Private Network*), tecnologia che consente di celare il proprio indirizzo IP e di bypassare limitazioni geografiche (in ipotesi, nell'offerta di alcuni servizi riservati ad un determinato contesto spaziale)⁷⁵. Sono evidenti, nel caso menzionato, le difficoltà di perseguimento del reato, peraltro amplificate dalla necessità di bilanciare le relative tecniche di indagine con i principi costituzionali vigenti in materia⁷⁶.

In questo settore, più che in altri, il concreto pericolo di lasciare sprovviste di tutela le vittime di reati (anche molto gravi) impone dunque di ri-meditare sullo spazio di impunità (penale) lasciato a coloro – ben individuabili – che si pongono quale anello essenziale nella catena funzionale alla realizzazione di illeciti in rete: gli *internet service providers* e le piattaforme digitali⁷⁷.

Ma non è tutto. In aggiunta alle rappresentate esigenze di prevenzione, mette conto evidenziare che, se ai propri albori la rete si configurava effettivamente quale sistema *anarchico* di gestione delle informazioni, oggi si assiste sempre più ad un ruolo *oligarchico* dei giganti del *web*. Forti delle lacune mostrate dalla disciplina penalistica di settore (almeno per come attualmente interpretata), i fornitori di servizi *Internet* e in *Internet* (Amazon, YouTube, Twitter, Instagram, Facebook, su tutti) sono arrivati ad assumere un ruolo autenticamente *parastatale*. Mediante autonormazioni svincolate da parametri pubblicistici,

⁷⁵ Già S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 102 s., rilevava come l'a-territorialità di *Internet* consentisse di sfruttare le diversità di regolamentazione, riuscendo l'informazione, in ipotesi lecita ove viene immessa, a raggiungere paesi ove viene considerata invece illecita.

⁷⁶ Ancor prima dell'avvento di *Internet* (e della l. 547 del 1993), poneva in evidenza la particolare pericolosità dei crimini informatici, ad esempio, C. SARZANA, *Criminalità e tecnologia: il caso dei «computer-crimes»*, cit., p. 77, che la ricollegava ai seguenti caratteri, tutti, salvo il primo, richiamabili anche oggi: «a) il crimine si svolge in un lungo arco di tempo, mentre tale continuità manca in genere o è limitata nei crimini patrimoniali tradizionali; b) la distanza che separa la commissione dell'atto dai suoi effetti rende la scoperta del crimine ancora più difficile; c) il danno arrecato dal crimine è generalmente molto elevato; d) esistono gravi difficoltà nel perseguimento dei crimini stessi».

⁷⁷ Rileva come, per la fondamentale attività che svolgono in rete, tali soggetti debbano essere considerati veri e propri centri di imputazione di responsabilità civili, amministrative e penali anche L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 55, il quale ravvisa però “rilevanti problemi giuridici” e di “politica del diritto” nella costruzione della base positiva e nella precisa delimitazione delle relative responsabilità (soprattutto penali). Invero, lo stesso A. rilevava l'opportunità di responsabilizzare gli ISP già in ID., *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., p. 74 s.

essi, nei fatti, hanno assunto un peso decisivo e nelle politiche (anche economiche) nazionali o sovranazionali, e nella delimitazione dell'esercizio di diritti fondamentali degli utenti (primo fra tutti, quello alla libera manifestazione del pensiero)⁷⁸.

Si è così assistito ad una sorta di *eterogenesi dei fini*: la volontaria conservazione della natura "anarchica" della rete si è rivelata seme da cui sono germogliate potenze politico-economiche mondiali del tutto prive di legittimazione popolare, nonché attività criminali che hanno lasciato assai spesso le proprie vittime sprovviste di tutela. Tutto ciò ha spinto ad analizzare, a partire dal riaffiorare delle categorie generali del diritto penale, la reale possibilità, *de iure condito* e *de iure condendo*, di indirizzare un rimprovero penale a siffatti soggetti, peraltro ormai sempre organizzati in forma *complessa*⁷⁹.

4. Lo sviluppo dei reati realizzabili in rete

Già si è dato conto della svolta provocata dalla diffusione di *Internet* nel campo del diritto penale dell'informatica. Da una dimensione *settoriale*, i cui interventi erano ritagliati, al tempo dei *computer-crimes*, sulle peculiarità dello strumento informatico, si è giunti ad una dimensione *generale* della materia, che coinvolge l'adattamento (o l'eventuale ripensamento) di istituti di parte generale alla luce delle peculiarità che anche reati "comuni" presentano qualora commessi nel *cyberspace*⁸⁰. Ebbene, una netta frattura tra il "prima" e il "dopo" l'avvento di *Internet* si è altresì configurata rispetto alla *natura* dei reati realizzabili a mezzo *computer*.

In un primo momento, le violazioni erano in larga parte riconducibili ad introduzioni abusive in sistemi informatici aziendali da parte di dipendenti o di terzi, i quali, tuttavia, dovevano materialmente "guadagnarsi" l'accesso alla rete chiusa⁸¹.

⁷⁸ Cfr. L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 720, che pone in luce come siffatta autonormazione divenga a tutti gli effetti *diritto*, quando non lo sostituisca, in grado finanche di limitare l'esercizio di diritti fondamentali (ad es. mediante l'esclusione dal servizio).

⁷⁹ Analizzando la questione, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 722 s., ritiene necessaria la costituzione di molteplici posizioni di garanzia (gravanti, ad esempio, su enti, imprese e amministrazioni), normate dalla legge, così da intercettare, valutare e circoscrivere i rischi alla fonte, anche mediante l'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

⁸⁰ Sullo sviluppo delle competenze europee in materia di criminalità informatica, B. PANATTONI, *L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto penale dell'informatica*, cit., pp. 91 ss.

⁸¹ D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 51. In senso analogo, anche C. SARZANA, *Criminalità e tecnologia: il caso dei «computer-crimes»*, cit., p. 56, il quale ricomprende esplicitamente il *computer-crime*, almeno nelle proprie forme ordinarie di estrinsecazione, tra gli «*occupational-crimes* in

Con l'avvento della rete, lo scenario è radicalmente mutato. L'*hacker* ha fatto il proprio ingresso nel panorama penalistico⁸² e la diffusione delle TIC ha notevolmente ampliato la possibilità di commissione dei reati: il *web* è divenuto non solo il nuovo teatro immateriale della realizzazione di reati, ma in sé un vero e proprio *fattore criminogeno*⁸³.

Sono numerosi gli illeciti che si prestano ad essere realizzati in rete. Tra questi, oltre ai reati introdotti dalla l. 547 del 1993⁸⁴, i reati di terrorismo e in genere contro la personalità dello stato, d'opinione, a tutela del commercio, falsi documentali, spionaggio, reati contro il patrimonio, etc.⁸⁵. Alcune di tali fattispecie hanno però subito un incremento esponenziale grazie alla capillare capacità comunicativa delle TIC, in grado di raggiungere in brevissimo tempo soggetti geograficamente assai distanti tra loro, nonché, corrispondentemente, di mantenere l'anonimato e la difficile rintracciabilità degli autori. Il riferimento, in particolare, è ai reati connessi alle manifestazioni del pensiero (quali istigazioni a delinquere o all'odio razziale, apologie, vilipendi, reati contro l'onore); alla diffusione di materiale illecito (es. pedopornografico); alle violazioni del diritto d'autore o della *privacy*; alle frodi commerciali; al *money laundering*⁸⁶.

quanto commesso in prevalenza da impiegati contro datori di lavoro», così riconducendolo allo specifico settore della criminalità economica, e, da ultimo, L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 46 s. Interessanti, per una chiara comprensione del fenomeno *ante-internet* sono altresì le condotte richiamate da F. MUCCIARELLI, voce *Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*, cit., p. 376 s.: i) condotte consistenti nell'*abusivo* utilizzo del *computer*, ovvero nel suo sfruttamento da persona autorizzata per interessi personali; ii) sottrazioni di informazioni senza asportazione materiale del dato o del supporto magnetico; iii) divulgazione di dati assoggettati a segreto di fabbricazione; iv) illeciti connessi alla tutela del *software*; v) ipotesi riconducibili all'odierno delitto di frode informatica; vi) falsificazione di documenti prodotti dal computer; vii) violazione dell'obbligo di "segreto informatico" da parte dei lavoratori che si occupano della gestione e del trattamento di dati digitali.

⁸² Sulla distinzione tra *hacker*, termine riferito a soggetti mossi dall'intento di assicurare la natura aperta e libera della rete e *criminale informatico* (altresì definito *cracker* o *virring*), definizione riconducibile a delinquenti intenzionati a perseguire interessi personali o scopi di lucro, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 51 s. In argomento, altresì S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, *Internet e la legge*, cit., pp. 351 ss.

⁸³ Sul punto si tornerà al § 7.

⁸⁴ L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 47, sul punto, segnala come «la locuzione normativa "*sistema informatico o telematico*", frequentemente utilizzata nelle fattispecie allora introdotte e concepita quale endiadi, per abbracciare anche i sistemi articolati in più *client* con *server* e reti chiuse, si è poi mostrata di grande utilità per applicare le nuove incriminazioni anche alla dimensione *globale* ed *aperta* di Internet, una volta reso accessibile al pubblico».

⁸⁵ In argomento, tra gli altri, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 7, evidenziando, seppure implicitamente, il rapporto tra lo sviluppo dei reati *online* e l'ampliamento del raggio d'azione di Internet; L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., pp. 724 ss.; P. GALDIERI, *Il Diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, cit., *passim*.

⁸⁶ In larga parte sovrapponibile è anche la catalogazione di D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 56 ss.

L'approfondimento teorico del sottoinsieme di reati moltiplicatisi con lo sviluppo di *Internet* si è, a propria volta, diramato essenzialmente in cinque macro-categorie di studio: (i) i reati informatici introdotti dalla l. 547 del 1993; (ii) gli illeciti connessi al riciclaggio di denaro; (iii) quelli relativi al mondo delle *comunicazioni* (tipicamente, le *content-related offences*); (iv) le fattispecie poste a tutela del diritto d'autore e (v) della *privacy*.

Non dissimile, peraltro, è la partizione effettuata dalla convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001, che, introducendo obblighi di incriminazione per gli Stati membri e per gli altri Stati firmatari – la convenzione fa testuale riferimento a «*such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences*» i fatti indicati –, ricomprende gli illeciti richiamati in «*Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems*» (Titolo I); «*Computer-related offences*» (Titolo II); «*Content-related offences*» (Titolo III), in realtà ricomprendendovi esclusivamente i reati connessi alla pornografia minorile; «*Offences related to infringements of copyright and related rights*» (Titolo IV)⁸⁷.

5. Alcune classificazioni utili: reati informatici, reati cibernetici e AI crimes

È essenziale, per il prosieguo dell'indagine, fissare una classificazione sistematica delle fattispecie realizzabili con il (solo) mezzo informatico o telematico ovvero (altresì) in *Internet*.

Già si è evidenziata la differenza tra la nozione di reato informatico (o *computer-crimes*) e quella di illecito cibernetico. Il primo postula, in estrema sintesi, il ricorso allo strumento informatico ora nella modalità di commissione del reato, ora nell'oggetto materiale: ben avrebbe dunque potuto essere commesso anche prima della diffusione di *Internet*. Il secondo, al contrario, valorizza un nuovo *ambientamento* dell'estrinsecazione criminosa (che deve coinvolgere il *cyberspace*, appunto): il collegamento alla rete, in questo secondo caso, si rivela essenziale.

5.1. I reati informatici in senso stretto e in senso ampio

⁸⁷ Cfr. *Convention on Cybercrime*, Budapest, 23 novembre 2001.

I reati informatici, a propria volta, risultano piuttosto agevolmente distinguibili in due categorie: *a)* i reati informatici in senso stretto; *b)* i reati informatici in senso ampio⁸⁸.

a) Alla categoria dei reati informatici in senso stretto si fa riferimento nei casi in cui almeno un elemento, costitutivo o circostanziale, della fattispecie operi un esplicito richiamo alle TIC. Può trattarsi del mezzo impiegato, dell'oggetto del reato, dell'evento o di altre condizioni. Ciò che è essenziale è la sussistenza di siffatto elemento quale condizione indispensabile per la realizzazione della fattispecie (base o circostanziata)⁸⁹.

Alcuni esempi possono essere individuati nelle fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.); di detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, codici e altri mezzi atti all'accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-quater c.p.); di danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-bis c.p.); di danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici pubblici o di interesse pubblico (art. 635-ter c.p.); di danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-quater c.p.).

b) Reati informatici in senso ampio sono quelli che, all'opposto, «*possono realizzarsi anche mediante strumenti informatici o su oggetti informatici, ovvero con modalità di condotta od effetti che coinvolgono le TIC, ivi compreso quindi il web*»⁹⁰. Siffatto carattere, dunque, non risulta indispensabile ai fini della configurazione della fattispecie (base o circostanziata).

⁸⁸ Secondo T. PIETRELLA, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle botnets*, in *Discrimen*, 2 dicembre 2021, p. 4, «la divisione in due macrocategorie non risponde ad esigenze meramente classificatorie, ma riflette una differenza strutturale, nonché sostanziale, delle fattispecie coinvolte. Le tipologie riferite, infatti, chiamano in causa beni giuridici diversi, riflettono tratti criminologici differenti e importano, ancora, diverse metodologie di tipizzazione delle norme incriminatrici».

⁸⁹ Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 76 s., il quale osserva che siffatta categoria si sovrappone solo parzialmente all'insieme di reati di competenza della Procura distrettuale (art. 51, comma 3-*quinquies*, c.p.p.), e perché non li contiene tutti, e perché ne contiene di ulteriori (in ipotesi, quelli di prostituzione e pornografia minorile di cui agli artt. 600-bis, ter e quater, c.p.). Alla nozione di reati informatici "in senso stretto" fa ricorso anche C. PECORELLA, voce *Reati informatici*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 710 s. La definizione pare altresì sovrapponibile a quella enucleata da T. PIETRELLA, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle botnets*, cit., p. 3.

⁹⁰ L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 77. Una definizione analoga è data da T. PIETRELLA, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle botnets*, cit., p. 3 s., che però non distingue tra reati cibernetici in senso stretto e ampio. V., però, T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, in *Sistema Penale*, 2023, 10, p. 6, nt. 3, ove compare siffatta distinzione.

Essi si dividono, a loro volta, in due sottocategorie: quelli che richiamano l'utilizzo delle TIC tra le modalità alternative di realizzazione del reato e quelli ove tale carattere risulta ricavabile solamente in via interpretativa⁹¹.

Alcuni esempi sono rinvenibili nelle fattispecie di pornografia minorile (artt. 600-ter e quater, c.p.), che ben potrebbero avere ad oggetto anche materiale cartaceo, nei reati in materia di *privacy* (artt. 167 ss. del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196), il cui trattamento può aver luogo anche in forma analogica, nonché nelle violazioni del diritto d'autore⁹².

5.2. I reati cibernetici in senso stretto e in senso ampio

Parallelamente a quanto rappresentato con riferimento ai reati informatici, anche i reati cibernetici possono essere distinti in (a) reati cibernetici in senso stretto e (b) reati cibernetici in senso ampio.

È il carattere *spaziale* dell'illecito ad accomunare siffatte categorie: devono cioè essere realizzati nel *cyberspace*, quindi attraverso un collegamento alla rete.

a) Vengono definiti reati cibernetici in senso stretto quelli che postulano il ricorso alle TIC, connesse alla rete, nella struttura della fattispecie (base o circostanziata)⁹³.

Esempi a proposito di questa categoria di reati possono essere rinvenuti nelle ipotesi aggravate di atti persecutori (art. 612-bis, comma 2, c.p., che prevede un aumento di pena “se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici”: il che postula necessariamente l'utilizzo di *Internet*) ovvero di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter, comma 3, c.p., che impone un aumento di pena “se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici”: anch'essa, è evidente, implica una connessione alla rete)⁹⁴.

⁹¹ Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 77 s., il quale precisa che è proprio la concreta conformazione del fatto che segna la propria riconducibilità alla categoria dei reati informatici in senso ampio.

⁹² Per una più precisa individuazione dei reati informatici in senso ampio in materia di diritto d'autore e diritti connessi, L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 78.

⁹³ Così, L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 79 s. La definizione è ripresa anche da A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 novembre 2012, p. 8.

⁹⁴ Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 79 s., il quale aggiunge alle predette esemplificazioni anche l'ipotesi aggravata di “addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale” di cui all'art. 270-quinquies, comma 2, c.p.

Gli illeciti ricompresi in siffatta categoria sono dunque necessariamente anche reati informatici in senso stretto. Dovendo essere realizzati mediante un collegamento alla rete, nella formulazione della fattispecie deve necessariamente comparire un riferimento espresso alle TIC. Non è vero però l'inverso: potrebbe infatti accadere che un reato informatico in senso stretto non sia classificabile come reato cibernetico in senso stretto⁹⁵.

Si pensi, ad esempio, alla frode informatica aggravata dal furto di identità digitale di cui all'art. 640-ter, comma 3, c.p., che «ben potrebbe concepirsi anche in un sistema chiuso, per l'utilizzo abusivo delle credenziali d'accesso ad un *computer*, che identificano la persona legittimata»⁹⁶.

b) Sono reati cibernetici in senso ampio, invece, gli illeciti che possono astrattamente essere commessi nel *cyberspace*, ma la cui struttura prescinde da un formale richiamo a siffatto *ambientamento*⁹⁷.

Tipico è il caso della diffamazione aggravata (art. 595, comma 3, c.p.), a cui la giurisprudenza oggi ricollega anche le diffamazioni a mezzo *Internet*⁹⁸.

⁹⁵ Così, L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 79.

⁹⁶ L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 79, che segnala come l'ipotesi richiamata dovrebbe essere inquadrata tra i reati informatici in senso stretto e cibernetici in senso ampio.

⁹⁷ Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 79 s. Così anche A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 8. Pare riferirsi a questa categoria di reati T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive*, cit., p. 6, quando osserva che «i reati cibernetici non rimandano ad un gruppo definito di norme incriminatrici. In questo caso, il *cybercrime* esiste come categoria astratta in cui vengono inclusi tutti i corrispettivi virtuali delle fattispecie tipiche: diffamazione vs diffamazione via *Web*; sostituzione di persona vs furto di identità digitale etc.».

⁹⁸ In argomento, senza pretesa di esaustività, F.P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2023, pp. 346 ss.; E. ALBAMONTE, *La diffamazione a mezzo web*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Giffre, Milano, 2020, pp. 487 ss., cui si rimanda anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Per un recente contributo monografico vertente sulla legittimazione e sulla delimitazione dell'intervento penale in relazione alle manifestazioni di pensiero, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Giuffrè, Milano, 2020.

5.3. Gli AI crimes (cenni)

Per completezza, meritano richiamo anche gli illeciti realizzati mediante il ricorso all'intelligenza artificiale.

Lungi dal potersi inquadrare quale autonoma categorizzazione normativa – e similmente a quanto sviluppatosi a proposito dei *computer-crimes* – l'attributo “A.I. crimes” pare oggi attagliabile genericamente alla realizzazione di reati ove lo strumento, la condotta o il relativo oggetto comprendono l'uso o il funzionamento di sistemi di intelligenza artificiale.

Invero, già sulla definizione di “intelligenza artificiale” non vi è uniformità di vedute⁹⁹. Ciò che maggiormente interessa, in ogni caso, è che essa nasce con un duplice scopo: quello di sciogliere problematiche non risolvibili con modelli standardizzati di calcolo, per quanto complessi (c.d. *problem solving*), e quello di assumere decisioni sulla base dei dati acquisiti (*decision making*)¹⁰⁰. È l'*autonomia* la principale peculiarità di questi sistemi: carattere che, già in linea teorica, mal si concilia con il carattere *personale* della responsabilità penale.

Proprio l'autonomia dello strumento di intelligenza artificiale pone particolari interrogativi sia con riguardo alla possibile responsabilizzazione diretta del sistema di AI, sia rispetto alla possibilità di muovere un rimprovero ai soggetti che lo programmano o lo utilizzano¹⁰¹.

⁹⁹ In questo senso, con diverso grado di perentorietà, tra gli altri, M.C. ȘCHEAU, A.L. ARSENE, G. POPESCU, *Artificial Intelligence / Machine Learning. Challenges and Evolution*, in *International Journal of Information Security and Cybercrime*, 2018, 1, pp. 11 ss.; C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1914; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e uomo*, 29 settembre 2019, p. 4; F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1016 s. (il quale segnala come siano state coniate oltre 70 definizioni alternative). La definizione più famosa è probabilmente quella elaborata da J. MCCARTHY, *What is artificial intelligence?*, in www.formal.stanford.edu, 12 novembre 2007, p. 2, che la descrive come «*the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable*».

¹⁰⁰ Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 81 s.

¹⁰¹ In argomento, oltre agli Autori di seguito richiamati, M.B. MAGRO, *Il problema della responsabilità per l'uso di intelligenze artificiali*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, pp. 1232 ss., nonché, con specifico riguardo al settore delle auto a guida autonoma, P. GIUSTI, *La responsabilità penale dell'intelligenza artificiale: i termini generali del problema, con particolare riguardo alle auto senza conducente*, *ibidem*, pp. 1356 ss.; M. LANZI, *La responsabilità penale per le auto a guida autonoma*, *ibidem*, pp. 1379 ss.

Rispetto ai primi, risulterebbe assai difficile tratteggiare i contorni della colpevolezza di siffatti sistemi; verrebbe indubbiamente a prodursi un effetto di c.d. *spillover* delle sanzioni inflitte, destinate a gravare non tanto sul sistema di AI in sé, quanto, piuttosto, sul proprio utilizzatore (con ciò contrapponendosi al principio di *personalità*); infine, sarebbe assai arduo traslare in tale settore l'elaborazione teorica sviluppatasi nel diritto penale classico sulle funzioni della pena¹⁰².

Anche allontanandosi dall'individuazione del sistema di AI quale specifico centro di imputazione, perciò tornando nell'ambito del diritto penale inteso come strumento di controllo dei comportamenti *umani*, le esigenze di certezza non potrebbero venire del tutto assecondate. Specifici problemi di *trasparenza* algoritmica farebbero il proprio ingresso nella scena¹⁰³, rendendo difficoltoso il processo di chiarificazione delle dinamiche che hanno portato alla verifica dell'evento. In tal guisa, la riconduzione del fatto ai progettatori o agli utilizzatori rimarrebbe finalità pressoché irraggiungibile¹⁰⁴.

¹⁰² Così, diffusamente, C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1763 ss.; F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., pp. 1024 ss. Si interrogano sulla questione, sebbene con esiti non sempre coincidenti, anche R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 266 ss.; A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, 27 marzo 2019, *passim*; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., pp. 27 ss.; I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, pp. 94 ss.; D. PIVA, *Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 684 ss.; C. CUPELLI, *La sfida dell'intelligenza artificiale al diritto penale*, in *Sistema Penale*, 21 aprile 2023; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 272 ss.; ID., *Uso di strumenti a intelligenza artificiale e imputazione della responsabilità penale: difficoltà ricostruttive e prospettive di intervento*, in *Diritto di difesa*, 24 gennaio 2025, par. 2; M.E. FLORIO, *Il dibattito sulla responsabilità penale diretta delle IA: "molto rumore per nulla"?*, in *Sistema Penale*, 2024, 2, pp. 5 ss. Per una compiuta opera monografica, A. MANGIONE, *Intelligenza Artificiale, attività d'impresa e diritto penale. La funzione di garanzia nell'organizzazione e dell'organizzazione per la sorveglianza dell'AI*, Giappichelli, Torino, 2024. In argomento, si rimanda altresì ai contributi raccolti nei volumi *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, a cura di F. Basile, M. Caterini, S. Romano, Pacini, Pisa, 2021, e *Diritto penale e intelligenza artificiale "Nuovi scenari"*, a cura di G. Balbi, F. De Simone, A. Esposito, S. Manacorda, Giappichelli, Torino, 2022.

¹⁰³ Ne esclude la riconducibilità alla nozione di *bene giuridico*, ritenendolo un «principio o obiettivo di politica attiva del diritto», F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., p. 1028.

¹⁰⁴ Evidenziano problematiche di imputazione oggettiva, non solamente connesse al difetto di trasparenza, già problematizzato da R. BORSARI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, cit., p. 265 s., tra gli altri, C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, cit., pp. 1751 ss., che assegna all'illecito civile un ruolo centrale nelle logiche imputative del danno; F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., pp. 1049 ss., che assegna un ruolo di prim'ordine al reato colposo; M. LANZI, *Uso di strumenti a intelligenza artificiale e imputazione della responsabilità penale: difficoltà ricostruttive e prospettive di intervento*, cit., par. 3, che non ravvisa particolari problematiche in merito all'accertamento del nesso causale. Sul punto, altresì, L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, in *Sistema Penale*, 31 luglio 2024, pp. 8 ss. In merito alle problematiche imputative relative all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle diverse forme di abuso di mercato, già F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, pp. 195 ss.

Inoltre, il dolo – che dovrebbe abbracciare anche il fatto effettivamente realizzatosi – potrebbe essere rinvenuto esclusivamente nelle ipotesi di utilizzo volontario del sistema di AI per fini criminosi; ma ciò solo allorquando vi fosse effettiva coincidenza tra quanto rappresentato (e voluto) e realizzato¹⁰⁵.

Più probabile sarebbe dunque il ricorso al paradigma colposo, confluyente, in ultima analisi, nella scorretta gestione di un rischio illecito tecnologico. In questa ipotesi, il riferimento ad una classe di eventi (e non *all'evento hic et nunc*) quale oggetto di rappresentazione potrebbe garantire una più ampia valorizzazione dello strumento penale, anche *de lege lata*¹⁰⁶.

Come noto, in materia si è recentemente assistito al varo del Regolamento UE 2024/1689, il quale, oltre a disciplinare diversamente gli obblighi imposti ai produttori e agli utilizzatori dei sistemi di AI a seconda del grado di rischio per la salute, per la sicurezza, per l'ambiente e, in generale, per i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁷, ha coniato una definizione di sistema di intelligenza artificiale il cui baricentro pare proprio riposare sul relativo carattere di autonomia e indipendenza dall'agire umano.

¹⁰⁵ Così, tra gli altri, anche I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, cit., p. 100 s., che esclude il ricorso alla teoria dell'autoria mediata, qualificandosi il sistema di AI quale mero *strumento* per la commissione del reato. In senso analogo, anche F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., pp. 1033 ss., che preferisce riferirsi al concetto di *imputazione mediata* «per indicare tutti i casi in cui lo strumento abbia una quota parte di autonomia nel concretizzare il progetto illecito dell'unico soggetto perseguibile, la persona che se ne avvalga». La riconduzione del sistema di AI ad uno *strumento* viene posta in luce anche da M. LANZI, *Uso di strumenti a intelligenza artificiale e imputazione della responsabilità penale: difficoltà ricostruttive e prospettive di intervento*, cit., par. 4.

¹⁰⁶ In questo senso, anche alla luce di un confronto con le posizioni dottrinali d'oltreoceano, per tutti, F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., pp. 1027 ss.

¹⁰⁷ L'art. 1, par. 1, del predetto regolamento prevede proprio che “lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione”. E ancora, il riferimento enunciato nel testo risulta confermato anche dal par. 3 dell'art. 6, ove si legge che “in deroga al paragrafo 2, un sistema di IA di cui all'allegato III non è considerato ad alto rischio se non presenta un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale” e al par. 6 del medesimo articolo, che assegna alla Commissione “il potere di adottare atti delegati in conformità dell'articolo 97 al fine di modificare il paragrafo 3, secondo comma, del presente articolo aggiungendo nuove condizioni a quelle ivi stabilite, oppure modificandole, qualora vi siano prove concrete e affidabili dell'esistenza di sistemi di IA che rientrano nell'ambito di applicazione dell'allegato III ma non presentano un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche”. Analoghi riferimenti sono rinvenibili anche nei par. 7 e 8 dell'art. 6, nonché nell'art. 30, par. 6. Sulle ricadute delle prescrizioni dell'AI Act nel panorama nazionale, con particolare attenzione alla natura commissiva della condotta del programmatore, tra gli altri, F. CONSULICH, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, in *Diritto di Difesa*, 17 dicembre 2024, in part. §§ 5 ss.

In particolare, il citato Regolamento, all'art. 3, n. 1, definisce il "sistema di IA": "un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali".

Lungi dal voler approfondire l'applicabilità di tale atto normativo – e dunque la coerenza delle prescrizioni imposte ai fornitori e agli utilizzatori di sistemi di AI – al settore di indagine, basti per il momento rilevare come il varo del Regolamento UE 2024/1689, di poco antecedente alla l. 28 giugno 2024, n. 90 (rubricata "Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici")¹⁰⁸, non abbia comportato l'introduzione di specifici rimandi agli strumenti di intelligenza artificiale nella struttura delle fattispecie. A tale lacuna ha però sopperito la recentissima l. 132 del 2025, pubblicata in gazzetta ufficiale il 25 settembre 2025, la quale ha modificato o introdotto fattispecie e circostanze aggravanti contenenti riferimenti espressi all'intelligenza artificiale¹⁰⁹.

Pare così essere stata assecondata l'istanza, formulata da parte di dottrina, tesa ad introdurre, sulla scorta del completo rispetto del principio di tassatività, uno specifico riferimento ai sistemi di AI all'interno di fattispecie o circostanze aggravanti. Si era infatti osservato che, mentre un *computer* o un *software* sono comunque strumenti nelle mani dell'uomo, il grado di indipendenza che caratterizza l'intelligenza artificiale impedisce di ricondurre gli apparati che la utilizzano alla generica nozione di *sistema informatico*¹¹⁰.

Tale scelta sovverte così la tendenza – consistente nell'utilizzazione di formule ampie e genericamente riconducibili allo strumento informatico – inaugurata con la prima legge organica in materia: la l. 23 dicembre 1993, n. 547¹¹¹. Scelta che, come si ricorderà, aveva reso applicabili i *computer-crimes* alle offese realizzate nel *cyberspace*.

¹⁰⁸ Il Regolamento UE 2024/1689 è stato infatti approvato dal Consiglio dell'Unione Europea il 13 giugno 2024.

¹⁰⁹ In commento alla normativa, B. FRAGASSO, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *Sistema Penale*, 16 ottobre 2025. Si pensi, ad esempio, al nuovo art. 612-*quater* c.p. (c.d. reato di *deepfake*) che punisce "Chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità".

¹¹⁰ Così, ad es., O. LOMBARDI, *Responsabilità penale dell'uomo per il danno cagionato attraverso condotte dolose e colpose nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sistema penale*, 2024, 12, pp. 61 ss.

¹¹¹ In merito a tale aspetto, T. PIETRELLA, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale*, cit., pp. 5 ss., riconduce la scelta del legislatore di non concentrare

Evidente dunque il risvolto negativo dell'impostazione adottata dal legislatore nazionale: tali disposizioni non potranno trovare applicazione al mutare della tecnologia utilizzata; e ciò benché lo strumento tecnologico, per quanto peculiare, sia pur sempre da ricondurre al *mezzo* di commissione del reato.

6. Una necessaria delimitazione dell'indagine (*alle content-related offences*)

Non potendo approfondire tutti i reati realizzabili nel *cyberspace* (i quali ben potrebbero astrattamente chiamare in causa la responsabilità dei *providers*), l'attenzione verrà riservata ai soli illeciti connessi alle comunicazioni e, nello specifico, alle *content-related offences*.

Per "reati relativi ai contenuti" si intendono tutte le ipotesi di *diffusione* di informazioni della più svariata natura (scritti, immagini, video, etc.) ricollegabili a diverse fattispecie incriminatrici, nonché all'offesa di beni giuridici sia individuali sia collettivi.

La peculiarità di questa tipologia di reati – e di qui l'interesse per gli stessi – è rappresentata dalla *standardizzazione* della condotta: ricorre infatti la pubblicazione in rete (ma analogo discorso potrebbe valere per i mezzi di comunicazione "tradizionali", come la radiotelevisione o la stampa) di informazioni offensive per diversi interessi, di volta in volta tutelati. Il disvalore – salvo quanto si dirà in seguito – si annida nel *tipo* di contenuto diffuso, che segnala altresì l'integrazione di una (o più) fattispecie.

In argomento, sono moltissimi i reati astrattamente invocabili: dalla diffusione di materiale pedopornografico (già oggetto della convenzione *cybercrime* del 2001) ai discorsi d'odio e alle ipotesi di diffamazione a mezzo *web*; dalla diffusione di c.d. *fake news* ai reati a sfondo terroristico.

D'altra parte, le condotte comunicative possono o costituire modalità d'esecuzione di reati a forma libera, quali l'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), la propaganda e

l'attenzione sulla specifica tecnologia utilizzata all'esigenza di conservazione delle fattispecie anche a fronte del mutamento tecnologico. In precedenza, benché riferendosi alla Convenzione di Budapest sul contrasto al Cybercrime, già E. ALBAMONTE, *Il reato informatico nella prassi giudiziaria: le linee guida internazionali per il contrasto ai nuovi fenomeni criminali*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2013, 3, p. 146 s. Entrambi gli A., in ogni caso, evidenziano come, nella tecnica di tipizzazione, la valorizzazione delle modalità della condotta, delle finalità perseguite e/o dell'evento del realizzato comportino la possibile sussunzione dei diversi fatti criminosi sotto diverse fattispecie incriminatrici.

istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa (art. 604-*bis* c.p.); ovvero, possono venire espressamente tipizzate all'interno di specifiche disposizioni incriminatrici: è il caso della pornografia minorile (art. 600-*ter*, comma 3, c.p.), della diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* c.p.), nonché delle interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis*, comma 2, c.p.)¹¹². Ciò che importa è che le modalità di realizzazione del reato si concretino nel caricamento o nella condivisione di contenuti illeciti in rete.

Com'è facile immaginare, in queste ipotesi assume centrale importanza la nozione di *diffusione* (delle informazioni vietate). Due sono essenzialmente le tesi che si contendono il campo.

i) La prima è volta a considerare siffatto requisito integrato – e così perfezionata la fattispecie che lo richieda – attraverso la mera “messa a disposizione dei dati in rete”. L'appiglio normativo, successivamente generalizzato, viene rivenuto, *ab origine*, nell'art. 1, lett. g) e h) della l. n. 675 del 1996 e, di seguito, nell'art. 2-*ter*, comma 4, lett. a) e b) del d. lgs. 196 del 2003 (codice della privacy), che succede alla prima regolamentazione. La lett. a) prevede infatti che per “comunicazione” debba intendersi “il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati [...], in qualunque forma, *anche mediante la loro messa a disposizione*, consultazione o mediante interconnessione”. La lett. b) prevede che la diffusione consista nel “dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, *anche mediante la loro messa a disposizione* o consultazione”. Da siffatta distinzione, purtuttavia accomunata dalla possibile integrazione della condotta diffusiva anche attraverso la mera messa a disposizione dei dati, viene ricavata l'irrelevanza dell'attivazione del collegamento da parte del visitatore delle informazioni. La condotta di *diffusione* verrebbe integrata con il solo invio dei dati al server che li ospita¹¹³.

«Da un lato, resta infatti da allora interamente affidata alla volontà degli interessati – dunque alla loro piena “disponibilità” – l'attivazione delle procedure automatizzate, già appositamente predisposte per consentire la lettura, stampa, eventualmente memorizzazione e riproduzione od ulteriore trattamento dei dati e messaggi stessi; dall'altro, l'agente ha ormai posto in essere tutto quello che da parte sua occorre per

¹¹² Così, B. PANATTONI, *L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto penale dell'informatica*, cit., p. 133.

¹¹³ Cfr. L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, cit., p. 299 ss. La soluzione è richiamata anche in ID., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., p. 48. In argomento, altresì, B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, in *Sistema Penale*, 2020, 5, pp. 310 ss.

instaurare la “relazione comunicativa” con i destinatari, la cui eventuale incapacità, negligenza, trascuratezza o perdita di interesse a prenderne compiuta conoscenza non può certo condizionare, sotto il profilo della disciplina giuridica della circolazione dei dati, la rilevanza penale di situazioni offensive degli altrui interessi, che la legge stessa non fa dipendere dal concreto effetto “soggettivo” sulla psiche od intelligenza dei singoli destinatari»¹¹⁴.

ii) Una seconda opinione, maggiormente aderente alla lettera della norma e, così, al principio di legalità, impone invece di considerare rilevanti esclusivamente le condotte di messa a disposizione di contenuti che siano effettivamente pervenuti nella sfera di disponibilità del destinatario. In tal guisa, si evidenzia come il concetto di *comunicazione* possieda un'intrinseca valenza *relazionale*, dalla quale si dovrebbe trarre l'impossibilità di considerare l'informazione *diffusa* esclusivamente a seguito del caricamento dei relativi dati sui server¹¹⁵.

La distinzione, com'è facile immaginare, assume valore dirimente nelle ipotesi in cui alla richiesta di caricamento di un contenuto in rete non faccia seguito l'effettiva attivazione del collegamento da parte dei consociati, ora per ragioni estranee al funzionamento tecnico dello strumento digitale, ora perché inibito dal controllo dei *providers*. Avallando la prima lettura, la fattispecie dovrebbe ritenersi ugualmente integrata; condividendo la seconda, il requisito della *diffusione* – ma ciò vale anche per le modalità di condotta che postulano la comunicazione con soggetti determinati – dovrebbe essere negato.

Come si vedrà, dovendosi inquadrare il contributo dell'utente nell'ambito di un concorso di persone nel reato, insieme all'attività del *provider* di diffusione del contenuto, a nulla rileva che la condotta (naturalistica) del cibernauta possa ritenersi esaurita con la mera richiesta di caricamento dati. Siffatta evidenza, in uno con la pregnanza semantica dei termini utilizzati dal legislatore per descrivere la modalità di comunicazione (es. divulgare, pubblicizzare, comunicare, etc.), consente di aderire alla seconda delle opinioni

¹¹⁴ Così, benché riferendosi all'art. 1 della l. 675 del 1996, L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, cit., p. 300 s. La tesi viene successivamente confermata dall'A., che ne rinviene un implicito avallo nella formulazione del § 5, comma 1, della legge sui servizi telematici (TDG), introdotto dall'art. 1 della legge quadro sui servizi d'informazione e di comunicazione (IuKDG) del 22 luglio 1997, ove si assegna responsabilità ai prestatori di servizi per “contenuti propri” che “tengano a disposizione per l'utilizzo”: “zur Nutzung bereithalten” (cfr. L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 384).

¹¹⁵ In questo senso S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., pp. 569 ss., il quale tuttavia dà conto di come, in forza delle peculiari caratteristiche di *Internet*, vada oggi respinta «l'idea che la diffusione debba necessariamente avvenire – come solitamente si ritiene – nei confronti di un pubblico indeterminato, potendosi essa configurare anche nonostante la determinabilità dei destinatari (si pensi solo a un qualsiasi *social network* o a un *forum* con larga partecipazione di soggetti previamente registratisi), quando particolarmente elevato sia il loro numero».

richiamate: quella che richiede, per considerare integrato siffatto requisito, la disponibilità dell'informazione nella sfera del destinatario.

Parallelamente a quanto avvenuto per i reati (relativi ai contenuti) commessi a mezzo stampa o radiotelevisione, anche rispetto alle medesime offese realizzate a mezzo *web* – almeno a parere di chi scrive – si pone l'esigenza politico-criminale di responsabilizzare i soggetti che materialmente mettono a disposizione siffatte informazioni ai consociati: i *providers*. Preso atto delle difficoltà tecniche di perseguimento dell'autore del reato¹¹⁶, solo per questa via potrebbe assicurarsi una adeguata tutela alle vittime di reati, anche molto gravi, realizzati nel *cyberspace*.

Ma vi è di più. Nella galassia degli illeciti realizzabili nel *cyberspace*, è proprio rispetto alle *content-related offences* che si fa più sentita la necessaria responsabilizzazione degli *internet services providers* o delle piattaforme digitali. Per quanto l'assegnazione di un rimprovero penale a siffatti soggetti possa essere astrattamente concepita anche per le altre ipotesi di reato realizzate in rete, la circoscrizione d'interesse ai reati "relativi ai contenuti" si deve al significato che il tempo assume in merito all'aggravamento dell'offesa. Diversamente da quanto accade per gli altri illeciti realizzabili in *Internet*, che si caratterizzano per la naturale velocità di estrinsecazione: l'attardarsi dell'attività criminosa si rivelerebbe non solo molto spesso inutile, ma altresì dannosa per l'agente, incrementando il rischio di essere rintracciato; nei casi in esame, la protrazione del mantenimento del contenuto nel *cyberspace* è sia un fattore di approfondimento del *vulnus* all'interesse tutelato, sia, in quanto tale, lo specifico fine ricercato dal cybercriminale.

Esemplificando, si pensi, quanto alle prime ipotesi, ad un accesso abusivo ad un sistema informatico funzionale a sottrarre informazioni private, o al trasferimento di somme derivanti da reato su conti esteri, e, quanto alle seconde, alla diffusione su *social network* di contenuti diffamatori, pedopornografici, o incitanti all'odio. Nei primi casi il "criminale modello" avrà tutto l'interesse a compiere l'operazione criminosa impiegando il minor tempo possibile, nei secondi avrà tendenzialmente di mira, per massimizzare la pubblicizzazione del contenuto illecito, il perdurare delle informazioni in rete.

Di qui la maggiore attenzione alla responsabilità dei *providers* con riferimento alla seconda categoria di fattispecie. Come si vedrà, il rimprovero di tali soggetti non si fonda

¹¹⁶ In merito alla problematica, tra gli altri, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., pp. 97 ss., che segnala come tale carattere differenzi *Internet* dagli altri mezzi di comunicazione di massa.

(e, ad oggi, non si potrebbe fondare), tanto sul mancato impedimento dei reati in rete, quanto, piuttosto, sulla loro successiva protrazione, agevolata dalla continuità del servizio assicurato all'utente ("protrazione" che verrebbe naturalmente meno se proprio colui che dovrebbe avervi interesse [l'autore del reato] facesse di tutto per far perdere, il prima possibile, le proprie tracce)¹¹⁷.

7. Critica alla neutralità dello strumento informatico

Le ragioni sottese ad una seria riflessione sulla possibile responsabilizzazione dei *providers* non possono che passare dall'approfondimento delle peculiarità dello strumento informatico. Più volte ne è stato ricordato il difetto di neutralità. È opportuno ora comprenderne le ragioni.

Il *web 2.0* ha invertito la classica gerarchia nella diffusione dell'informazione, consentendo a chiunque di esprimere opinioni, valutazioni e, più in generale, di condividere video, scritti o contenuti di altra natura. Tale nuova conformazione dei canali comunicativi ha introdotto una nuova forma di *mediazione* nel rapporto tra privati: lo *schermo*. La comunicazione, quand'anche in tempo reale, frappone tra i soggetti coinvolti un mezzo tecnologico inevitabilmente destinato ad incidere sul contenuto dell'informazione stessa: ne è prova l'indubitabile riduzione dell'imbarazzo rispetto ad una comunicazione tra presenti. E se ciò vale per i rapporti "in tempo reale", l'assunto risulta invocabile, a maggior ragione, per tutti i casi in cui il destinatario (reale o potenziale) dell'informazione non possa percepirne immediatamente il contenuto. È quanto avviene, ad esempio, allorquando venga pubblicato uno scritto su un *social network*. Per un verso, non è scontato che il destinatario venga effettivamente a conoscenza del contenuto; per altro verso, non è detto che, pur resone edotto, possieda la prontezza (e la capacità tecnica) per rispondere.

Breve: siffatta *virtualizzazione* dei rapporti – quand'anche genuini e non offensivi – ha ingenerato un nuovo schema *relazionale*: la *computer-mediated communication* (CMC)¹¹⁸. Ha preso così forma un quadro comunicativo caratterizzato da rapidità,

¹¹⁷ L'assunto verrà approfondito nel prossimo Capitolo.

¹¹⁸ Cfr. V. ORENGO CASTELLÁ, A.M. ZORNOZA ABAD, F. PRIETO ALONSO, J.M. PEIRÓ SILLA, *The influence of familiarity among group members, group atmosphere and assertiveness on uninhibited behavior through three different communication media*, in *Computers in Human Behavior*, 2000, 16, p. 142. Fa riferimento al rapporto

immaterialità, a-territorialità, transnazionalità e possibilità di agire in anonimato¹¹⁹, che, lungi dal rimanere il mero contesto nell'ambito del quale si sviluppano le relazioni umane, ha profondamente inciso sulla possibilità di commettere reati (oltre che sulla concreta estrinsecazione degli stessi)¹²⁰.

In argomento, è stato altresì osservato che le «*virtual reality and computer mediated communications challenge the traditional discourse of criminology, introducing new forms of deviance, crime, and social control*»¹²¹.

Lo studio del *cyber-crimine* ha lumeggiato plurimi fattori idonei a fomentare l'agire criminoso.

Tra i tanti, si ricordano:

i) la *Space Transition Theory of Cyber Crimes*, riassumibile come la liberazione del proprio istinto criminale dalle catene dovute, tra l'altro, al particolare *status* o alla posizione sociale rivestita dal soggetto nella realtà¹²².

Volendo richiamare le parole del proprio ideatore: «*Space Transition Theory*” is an explanation about the nature of the behavior of the persons who bring out their conforming and non-conforming behavior in the physical space and cyber space [...] *Space Transition Theory* argues that, people behave differently when they move from one space to another»¹²³. Queste le 7 proposizioni della teoria: 1) le persone con comportamento criminale represso (nello spazio fisico), spogliandosi del proprio *status* o posizione sociale, hanno una propensione a commettere reati nel cyberspazio; 2) la flessibilità dell'identità, l'anonimato dissociativo e la mancanza di fattori deterrenti nel *cyberspace* offrono l'occasione di delinquere; 3) vi è un rapporto di reciprocità tra le condotte criminali realizzate nella realtà e nel cyberspazio: le prime è probabile che vengano riportate nel cyberspazio, le seconde nella realtà; 4) la possibilità di fuga è offerta dall'intermittenza

“uomo-macchina-uomo” T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, cit., p. 10.

¹¹⁹ Cfr. G. PERRONE, *Crimini online come risultato di un sistema di interconnessione digitale. Una riflessione cyber criminologica*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2021, 3, p. 240.

¹²⁰ Per alcune analoghe considerazioni, nella dottrina d'oltralpe, M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, 4, p. 215 s.

¹²¹ K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology: Evolving a novel discipline with a new journal*, in *International Journal of Cyber Criminology*, 2007, 1, p. 1. L'A., favorevole al conio di una nuova disciplina, specifica: «*I define cyber criminology as “the study of causation of crimes that occur in the cyberspace and its impact in the physical space”*».

¹²² Cfr. K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact*, in *6th International Report on Crime Prevention and Community Safety: Preventing Cybercrime*, International Centre for the Prevention of Crime (ICPC), Montreal, 2018, pp. 101 ss.

¹²³ K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact*, cit., p. 101.

dell'incursione dei trasgressori nel *cyberspace* e dalla natura spazio-temporale dinamica che connota siffatto *ambientamento*; 5) la reciprocità tra condotte criminose nello spazio fisico e virtuale opera anche sul piano "concorsuale": (a) è probabile che estranei si uniscano nel cyberspazio per commettere crimini; (b) È probabile che associati dello spazio fisico si uniscano per commettere crimini nel cyberspazio¹²⁴; 6) i soggetti appartenenti a società "chiuse" hanno maggiori probabilità di commettere crimini nel *cyberspace* rispetto a soggetti appartenenti a società "aperte"; 7) tra norme e valori di spazio fisico e virtuale insiste un conflitto che può condurre alla realizzazione di crimini informatici¹²⁵.

ii) La *process of deindividuation*: stato mentale che consente la perdita di freni inibitori connessi al riconoscimento della propria e dell'altrui persona¹²⁶.

Di frequente, lo stesso comporta la riduzione della capacità del soggetto di regolare il proprio comportamento; la diminuzione dell'intenzione ad intraprendere pianificazioni a lungo termine; la tendenza a reagire immediatamente agli stimoli o la propensione a fornire reazioni basate sul proprio stato emotivo attuale; il disinteresse dell'opinione altrui in merito al proprio comportamento; la ridotta consapevolezza di quanto detto o fatto da altri¹²⁷.

Ultroneo rappresentare come la principale causa di siffatto processo sia stata individuata nella possibilità di mantenere l'anonimato¹²⁸.

iii) La – frequentemente richiamata – *online disinhibition effect*, consistente nell'effetto di disinvoltura creato dalla rete¹²⁹.

Tendenzialmente, l'effetto disinibente di *Internet* viene concepito come ancipite: esso consta di una *benign disinhibition* e di una *toxic disinhibition*¹³⁰. La prima viene riferita a situazioni nelle quali il soggetto tenta di approfondire il proprio io, di comprendere nuove dimensioni emotive ed esperienziali della propria

¹²⁴ Letteralmente: «(a) Strangers are likely to unite together in cyberspace to commit crime in the physical space. (b) Associates of physical space are likely to unite to commit crime in cyberspace» (cfr. K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact*, cit., p. 101).

¹²⁵ K. JAISHANKAR, *Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact*, cit., p. 101.

¹²⁶ Cfr. C. DEMETRIOU, A. SILKE, *A Criminological Internet 'Sting'. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, in *British Journal of Criminology*, 2003, 43, pp. 2 ss.

¹²⁷ Così C. DEMETRIOU, A. SILKE, *A Criminological Internet 'Sting'. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, cit., p. 2 s.

¹²⁸ C. DEMETRIOU, A. SILKE, *A Criminological Internet 'Sting'. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, cit., p. 2 s.

¹²⁹ Tra i molti, J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, in *Cyberpsychology & Behavior*, Vol. VII, 2004, 3, pp. 321 ss.; N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, in *Computers in Human Behavior*, 2012, 28, pp. 434 ss.

¹³⁰ L'espressione è stata coniata da J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, cit., p. 321.

identità. La seconda, viceversa, viene associata a critiche severe, discorsi d'odio, minacce o all'accesso a contenuti (es. pedopornografici, criminali o violenti), che mai avverrebbero nella realtà.

Tra i molti fattori alla base di siffatto sentimento si invocano:

a) l'anonimato dissociativo¹³¹. Tale carattere richiama la ben nota possibilità di rendersi (o pensare di rendersi) irriconoscibili dal destinatario della comunicazione. Molto facile, d'altro canto, è oggi pervenire a siffatto risultato: è sufficiente l'inserimento di un nome di fantasia in un profilo *social* per ottenere il risultato sperato.

Dirimente, in argomento, l'esperimento svolto dallo psicologo Philip Zimbardo. Per comprendere l'effetto che l'anonimato comporta sulle relazioni umane, lo studioso ha richiesto ad un gruppo di soggetti di infliggere scosse elettriche ai propri compagni. Alcuni attori sono stati coperti da camici e cappucci, tali da renderli irriconoscibili; ad altri è stato invece impartito di rimanere a volto scoperto, portando altresì una targhetta con il nome.

Ebbene, il primo gruppo di soggetti è risultato molto più aggressivo: ha impartito scosse più violente e di maggior durata¹³².

Almeno due paiono le precisazioni necessarie sul punto: per un verso, l'aggettivo "dissociativo", affiancato all'anonimato, è sinonimo del fatto che «l'identità digitale rappresenta un'espressione della personalità segregata in un contesto autonomo e separato, non integrato con l'identità personale reale»¹³³. Per altro verso, dovrebbe essere preferito il connotato della non identificabilità del soggetto, piuttosto che la mera impossibilità di conoscerne le reali generalità, insita nel richiamato concetto di "anonimato"¹³⁴. Nella dimensione virtuale, infatti, non appare particolarmente significativa l'impossibilità di assegnare un nome e cognome all'autore di una comunicazione, quanto, piuttosto, quella di contrassegnarne i tratti di genere, peso, età, occupazione, origine etnica, ubicazione residenziale, e via dicendo, che valgono ad *identificarlo*.

¹³¹ Tale causa è richiamata, tra gli altri, da J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, cit., p. 322; N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, cit., p. 435.

¹³² L'esperimento è richiamato da N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, cit., p. 435.

¹³³ T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, cit., p. 12.

¹³⁴ Cfr. N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, cit., p. 435.

Proprio da ciò discende il c.d. *flaming*, ovvero il contegno ostile tenuto *online* (la c.d. *toxic online disinhibition*)¹³⁵.

b) L'invisibilità. Tale carattere si lega inestricabilmente all'anonimato, ma non si sovrappone ad esso. In contesti ove il nome possa essere conosciuto o (più frequentemente) conoscibile, ben può accadere che l'invisibilità contribuisca ad incrementare il *flaming*. E tale sviluppo è fortemente condizionato dalle modalità di comunicazione utilizzate *online*. Si passa da un effetto condizionante relativamente tenue connesso all'utilizzo di *webcam* o all'associazione di video o di immagini della propria persona ad un potenziale massimo espresso dalla comunicazione meramente testuale.

Diversi studi hanno dimostrato, più o meno approfonditamente, l'effetto disinibente dell'invisibilità. Tra i molti, si ricordano quello di K.J. Gergen, M.M. Gergen e W.H. Barton e quello V. Orengo Castellá, A.M. Zornoza Abad, F. Prieto Alonso, J.M. Peiró Silla.

Il primo ha suddiviso un gruppo di quasi 50 persone in stanze illuminate e completamente buie, senza regole di sorta. Ai partecipanti è stato altresì assicurato che non si sarebbero incontrati in futuro. Per ciò che qui rileva, è emerso come nella stanza buia, quasi tutti i partecipanti si fossero toccati intenzionalmente e circa il 50% ha dichiarato di aver abbracciato un'altra persona. Tali comportamenti non sono quasi mai avvenuti nella stanza illuminata. Inoltre, l'80% dei partecipanti al buio ha riferito di aver provato eccitazione sessuale, a fronte del "mero" 30% tra i soggetti visibili. Evidente la conclusione: l'invisibilità permette ai partecipanti di liberarsi dalle normali convenzioni sociali e, così, di liberare i propri sentimenti¹³⁶.

Il secondo studio ha distinto 140 soggetti in 28 gruppi da 5 persone l'uno, assegnando loro un medesimo quesito. Ai diversi insiemi sono stati assegnati casualmente tre diversi canali di comunicazione: CMC, in realtà ridotto alla messaggistica per 10 gruppi; *de visu* per 11 gruppi; videoconferenza per 7 gruppi. Ebbene, durante le comunicazioni infragruppo, il tasso di *flaming* è stato riscontrato in misura superiore per le comunicazioni scritte rispetto alle altre modalità di confronto¹³⁷.

c) La mancanza di contatto visivo. Altro fattore disinibente *online* è la frequente mancanza di contatto visivo, da mantenere distinto dalla "visibilità" (cioè dalla semplice

¹³⁵ Così, *ex multis*, N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, cit., p. 434. Si riferiscono alla "emozione elettronica" R. E. RICE, G. LOVE, *Electronic emotion: Socioemotional content in a computer-mediated communication network*, in *Communication Research*, 1987, 14, pp. 85 ss.

¹³⁶ Cfr. K.J. GERGEN, M.M. GERGEN, W.H. BARTON, *Deviance in the Dark*, in *Psychology Today*, 1973, 7, p. 129 s.

¹³⁷ V. ORENGO CASTELLÁ, A.M. ZORNOZA ABAD, F. PRIETO ALONSO, J.M. PEIRÓ SILLA, *The influence of familiarity among group members, group atmosphere and assertiveness on uninhibited behavior through three different communication media*, cit., pp. 141 ss.

possibilità di essere visti). Già nell'ambito delle comunicazioni tradizionali è stato dimostrato come il contatto visivo comporti effetti di *benign disinhibition*, aumentando il grado di intimità e di sentimenti positivi. Effetti inversi sono stati inoltre riscontrati nella dimensione digitale degli scambi. In particolare, si è notato come la mancanza di contatto visivo nelle comunicazioni *online*, sincrone o a-sincrone, incida notevolmente sulla *toxic disinhibition*.

Si richiama, in proposito, lo studio di N. Lapidot-Leffler e A. Barak, che, coinvolgendo 142 soggetti (71 uomini e 71 donne), hanno compreso la rilevanza dell'assenza di contatto visivo sulla disinibizione *online* tossica. Per ottenere siffatto risultato, gli studiosi hanno suddiviso i partecipanti in coppie casuali di sconosciuti, posizionati in stanze separate, e ad essi hanno posto una medesima questione. Per ciò che più rileva, va segnalato che la visibilità è stata controllata oscurando o meno una *webcam* puntata sul busto del partner, in posizione laterale; l'eventuale anonimato assicurato dall'utilizzo di pseudonimi; il contatto visivo, invece, è stato manipolato con l'eventuale utilizzo di una seconda *webcam* posizionata all'altezza degli occhi. Ebbene, dallo studio è emerso che, tra i fattori presi in considerazione (contatto visivo, anonimato e visibilità), l'assenza di contatto oculare ha avuto il maggior effetto sulla *toxic disinhibition*¹³⁸.

d) La a-sincronicità. Nei casi in esame, è frequente l'assenza di una comunicazione in tempo reale tra l'autore e il destinatario dell'informazione. Si pensi, in ipotesi, al caricamento di un contenuto (offensivo o meno) su un *blog* o su un *social network*. Il destinatario (o l'offeso) difficilmente potrebbe avere la possibilità di rispondere immediatamente.

Mentre il ciclico "botta e risposta" tendenzialmente riconduce il contegno dei consociati al rispetto delle norme sociali, il margine di discrasia temporale tra i due (o più) poli comunicativi ne produce l'allontanamento.

Per ciò che ora interessa, dunque, tale iato temporale, cumulandosi ai fattori poc'anzi richiamati, produce un effetto disinibente negativo, aumentando la possibilità che per mezzo di siffatte forme di comunicazione vengano commessi reati nel *cyberspace*¹³⁹.

¹³⁸ N. LAPIDOT-LEFLER, A. BARAK, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, cit., pp. 436 ss.

¹³⁹ Cfr. J. SULER, *The Online Disinhibition Effect*, cit., p. 322 s., il quale aggiunge ai quattro fattori da ultimo richiamati anche l'introduzione solipsistica, l'immaginazione dissociativa, la minimizzazione dello stato e dell'autorità. In quest'ultimo senso anche T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive*, cit., pp. 9 ss.

Non è tempo e luogo – per vero non se ne avrebbe nemmeno la competenza – per prendere posizione sulle citate teorie e cause relative all’incremento di *flaming*. È certo, ad ogni buon conto, che esso è ricollegabile all’utilizzo delle TIC.

Da ciò discende, naturalmente, la necessità di tenere in considerazione il dimostrato fattore criminogeno nell’analisi della responsabilità dei *provider*. Se proprio lo strumento informatico fomenta l’agire criminoso, ma, al tempo stesso, è in grado di celarne l’autore, non si vede ragione (politico-criminale) per non riflettere seriamente sulla responsabilizzazione (anche penale) dei soggetti che stanno “dietro” alle tecnologie. Certo, gli eventuali rimproveri dovranno essere rispettosi dei principi costituzionali vigenti in materia: *in primis* quelli di responsabilità per fatto proprio e colpevole e di legalità, che frequentemente riaffiorano nel settore in esame. Ciò non toglie, tuttavia, che una seria salvaguardia dei beni in gioco – tra i quali se ne annoverano sia di personalissimi (quali la libertà sessuale o l’onore), sia di matrice pubblicistica (come l’ordine pubblico) – vada approfondita con la dovuta attenzione. Difficilmente si potrebbe assistere ad un settore del diritto penale ove la tutela degli interessi coinvolti potrebbe essere a tal punto *irrinunciabile ed effettiva*¹⁴⁰.

Partendo dai medesimi presupposti, vi è chi evidenzia, per un verso, come l’aumento dei reati *online* sia altresì correlato al difetto di *educazione digitale*: i c.d. nativi digitali tendono a conformare le proprie condotte all’ambiente (tendenzialmente *tossico*) in cui si trovano. Per altro verso, si osserva che un medesimo contegno possa venire recepito diversamente dalla collettività a seconda che esso sia realizzato nella dimensione “digitale” o “analogica”; e ciò in forza della *normalizzazione* di modalità di agire *tossiche* tenute *online*¹⁴¹.

Ora, se è certo che l’educazione dovrebbe essere considerata il principale rimedio preventivo allo sviluppo del crimine (nella realtà analogica come in quella digitale), si ritiene di dover escludere che la normalizzazione di un determinato comportamento *online* possa impedire di considerarlo illecito, anche penalmente. Al di fuori dei casi in cui la diffusione di determinati contenuti nel *cyberspace* riesca ad annientare la portata del disvalore di determinate azioni anche nella realtà analogica, così incidendo sull’interpretazione

¹⁴⁰ Il richiamo è alle considerazioni, svolte in altro contesto, di D. CASTRONUOVO, *Il paradosso della responsabilità penale in tema di sostanze tossiche: irrinunciabile e ineffettiva*, in *DPEI*, 5 maggio 2025, il quale evidenzia come né il primo paradigma di tutela (fondato sui reati di evento dannoso: omicidio e lesioni personali), né il secondo (caratterizzato dalla valorizzazione dei delitti contro l’incolumità pubblica) riescano a superare il vaglio ora della formula di *BARD*, ora della prescrizione. Sulla necessità di adozione di un terzo paradigma di tutela, fondato sulla responsabilizzazione dell’ente collettivo, al netto delle problematiche che anch’esso solleva, si consenta il rinvio, anche per la letteratura pertinente, a F. CONTRI, *Paradigmi di responsabilità penale per l’esposizione a sostanze tossiche. Dalla responsabilità individuale a quella dell’organizzazione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2024, 4, pp. 218 ss.

¹⁴¹ Cfr. T. PIETRELLA, *L’incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive*, cit., pp. 15 ss.

di clausole generali (es. sulla definizione dell'*osceno*)¹⁴², si fatica a comprendere come potrebbe lo strumento digitale condurre a ritenere integrata o meno una fattispecie incriminatrice pur a fronte della diffusione di un medesimo contenuto. L'offesa derivante dal reato sarebbe comunque connotata dai medesimi caratteri, benché sia certo che l'utilizzo dei dispositivi connessi alla rete fomentino l'agire criminoso. In altri termini: lo strumento informatico fornisce senza dubbio una "spinta" alla commissione di un reato; la relativa offesa, però, rimane ancorata, almeno in ultima analisi, alla dimensione analogica. Qualora così non fosse, ci si dovrebbe collocare al di fuori dell'area del penalmente rilevante.

8. La prospettiva di analisi dell'illecito cibernetico

In precedenza, è stato posto in evidenza il rapporto di integrazione reciproca tra la realtà virtuale e quella analogica. L'impulso costituito dalla pressione di tasti su un *computer* è senza dubbio imprescindibile per l'immissione di un contenuto in rete, che viene "restituito" alla dimensione *reale* attraverso la possibilità di visionarlo su uno *schermo*, parimenti rispetto a quanto potrebbe accadere con un giornale, una fotografia cartacea o il mezzo televisivo.

Siffatto moto *circolare*, che contraddistingue l'estrinsecazione del fatto realizzato dall'utente, ben potrebbe tuttavia essere segmentato – e corrispondentemente analizzato – in due diverse prospettive: una interna ed una esterna. In questo senso si è orientata la dottrina d'oltreoceano, che, ormai più di 20 anni orsono, ha dato conto della difficoltà di analisi del fatto (di reato) commesso nel *cyberspace* sotto un'unica veste, al contempo lueggiando le indubitabili ripercussioni che siffatto duplice angolo visuale comporta sul piano dell'applicabilità della legge (penale e non)¹⁴³.

Nello specifico, è stato posto in evidenza come, nell'analisi di un (ipotetico) reato commesso nel *cyberspace*, siano in fondo adottabili due angoli visuali: il primo, interno, che guarda la vicenda attraverso le "lenti" dell'internauta; il secondo, esterno, che guarda al concreto funzionamento della tecnologia utilizzata.

¹⁴² In argomento, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, 2, pp. 11 ss.

¹⁴³ Cfr., in particolare, O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, in *Georgetown Law Journal*, 2003, 91, pp. 357 ss. L'analisi è ripresa altresì da B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, cit., pp. 303 ss.

Si propone dunque l'esempio dell'accesso (virtuale) ad una piattaforma *e-commerce*. Dal punto di vista dell'utente, tale azione equivale all'accesso ad un negozio fisico; da quello che guarda all'*infrastruttura*, a ciò che avviene *behind the scene*, essa non è altro che una connessione con un server remoto che ospita i dati binari costituenti il sito *web*, i quali vengono successivamente interpretati dal *browser* e presentati all'utente in forma visiva¹⁴⁴.

Sono evidenti le ripercussioni esegetiche che dipendono dalla valorizzazione dell'una o dell'altra prospettiva.

In ottica interna, potrebbero essere richiamate fattispecie pensate per la realtà analogica e, quantomeno a prima vista, difficilmente applicabili ai *cybercrime*: si pensi, in ipotesi, alla fattispecie di furto per la copia, con contestuale cancellazione, di informazioni altrui: benché in difetto del *materiale impossessamento* di un bene, dal punto di vista *interno* il fatto parrebbe del tutto assimilabile ad un furto commesso *offline*¹⁴⁵. A rilevare è la *percezione* che l'internauta ha della realtà nella quale è inserito.

¹⁴⁴ Così, O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., pp. 362 ss.

¹⁴⁵ L'assimilazione era stata invero già esclusa dalla Relazione del Disegno di legge n. 2773, presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia, "Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica" (XI Legislatura, divenuto Legge 23 dicembre 1993, n. 547), ove espressamente veniva osservato che nelle ipotesi di «sottrazione di dati, programmi e informazioni [...], l'art. 624 del codice penale appare di dubbia applicabilità, pur nell'ampio concetto di "cosa mobile" da esso previsto: stando alla definizione contenuta nel secondo comma di tale disposizione, l'estensione del concetto non va oltre le "energie" (tra cui quella elettrica) aventi valore economico, tra le quali i dati o le informazioni non sono sussumibili. Del resto, la sottrazione di dati, quando non si estenda ai supporti materiali su cui i dati sono impressi (nel qual caso si configura con evidenza il reato di furto), altro non è che una "presa di conoscenza" di notizie, ossia un fatto intellettuale rientrante, se del caso, nelle previsioni concernenti la violazione dei segreti. Ciò, ovviamente, a parte la punibilità ad altro titolo delle condotte strumentali, quali ad esempio, quelle di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), eccetera». In dottrina, escludono l'assimilazione del dato informatico alla nozione di "cosa mobile", benché con diversi accenti, C. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 2006, pp. 267 ss.; G. AMARELLI, *Furto (art. 624 c.p.)*, in *I reati contro il patrimonio*, a cura di S. Fiore, Utet, Milano, 2010, p. 51; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, *I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 28. In argomento, altresì D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit. pp. 18 ss.; C. COLUCCI, *I dati informatici come "cosa mobile" oggetto di furto o appropriazione indebita*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, pp. 877 ss. Sebbene orientata negativamente, la giurisprudenza pare oggi orientata ad ammettere la riconducibilità del dato informatico alla nozione di "cosa mobile". In questo senso, ad es., Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 2025, n. 10342; Cass. pen., sez. II, 07 novembre 2019, n. 11959, che rappresenta il *revertment* giurisprudenziale sul punto. In commento a quest'ultima pronuncia, P. CIPOLLA, *L'appropriazione indebita "informatica" nel contesto della dematerializzazione del concetto di "cosa" nei reati contro il patrimonio*, in *Giust. pen.*, 2020, 2, pp. 605 ss.; N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5, pp. 651 ss.; C. ZANNOTTI, *Appropriazione indebita di files? Il file, come l'aria, è un bene immateriale che può essere concretizzato solo attraverso un supporto*, in *Sic. e giust.*, 2020, pp. 36 ss.; A. SCARCELLA, *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, pp. 556 ss.; L. BARILE, *Appropriazione indebita di file informatici: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia il diritto penale è 'cosa mobile'*, in *Sistema Penale*, 2021, 3, pp. 139 ss.; C. PAGELLA, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, *ibidem*, 4 marzo 2021, *passim*. Diversamente, Cass. pen.,

Nella prospettiva esterna, che guarda al materiale funzionamento del mezzo informatico, per non incorrere in interpretazioni analogiche *in malam partem*, sarebbe molto spesso necessario introdurre fattispecie incriminatrici specificamente pensate sulle modalità operative delle TIC.

Volendo esasperare il ragionamento, in una dimensione esclusivamente esterna, potrebbe essere obiettato che nel più classico degli illeciti commessi *online* (il reato di diffamazione) difetterebbe il requisito della “comunicazione con più persone”. La condivisione di contenuti sul *web*, infatti, si riduce in realtà alla trasmissione di dati sovrascritti su un server fisico: non vi sarebbe alcun tipo di “comunicazione” con terzi insita nella condotta.

Evidenziando il grave difetto per la certezza del diritto che si verrebbe in tal guisa a creare, sono state proposte due soluzioni funzionali ad orientare la scelta della prospettiva adottabile. La prima, da privilegiare, valorizza l’angolo visuale che la disposizione ha assunto nella regolazione della condotta; la seconda, subordinata alla prima, enfatizza l’ottica assunta dal soggetto a cui viene imposto di tenere o meno un determinato comportamento¹⁴⁶.

La prima soluzione si ramifica, a propria volta, in tre ipotesi: (i) la legge potrebbe aver esplicitamente preso posizione sulla questione, descrivendo il fenomeno in termini *intrinseci* o *estrinseci*; (ii) il privilegio per il punto di vista da valorizzare potrebbe emergere implicitamente; (iii) si potrebbe far riferimento alla prospettiva fatta propria dal diritto vivente.

Per converso, l’angolo visuale assunto dal destinatario del precetto sarebbe destinato ad avere una portata meramente accessoria. In questi termini, si osserva che «*when the law seeks to regulate offline conduct, we can apply an external perspective; when it seeks to regulate online conduct, we can apply an internal perspective*»¹⁴⁷, al contempo precisando che «*the latter approach can help when the former does not, however, because clues for*

sez. II, 27 maggio 2022, n. 26899, pur parificando il dato informatico alla “cosa mobile”, esclude la condotta di “impossessamento” quando, a seguito della relativa copiatura, i dati non vengano cancellati dal server ove erano salvati.

¹⁴⁶ Cfr., ancora, O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., pp. 389 ss., a cui si rinvia anche per le diverse esemplificazioni proposte.

¹⁴⁷ O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., p. 396.

*whether doctrine tracks internal or external concerns tend to be explicit, and such clues may or may not exist»*¹⁴⁸.

La posizione, a nostro avviso, convince solo parzialmente. Certamente la lettura di un determinato fatto – *rectius*: la sua riconduzione ad una o più fattispecie incriminatrici – va predicata a partire dal significato e dalla prospettiva insita nella disposizione oggetto di esame¹⁴⁹. Al contempo, si deve però rifiutare una lettura dei fatti, realizzati *online* o *offline*, rigidamente compartimentata e riferibile ora alla (sola) dimensione *virtuale*, ora a quella (esclusivamente) *analogica*. Il *cyberspace* rappresenta una realtà di confine, inestricabilmente collegata alla realtà analogica e da essa inseparabile.

In linea con siffatto ragionamento, i singoli connotati del fatto realizzato nel cyberspazio – salvo eccezioni¹⁵⁰ – dovranno dunque rispecchiare il moto circolare che si estrinseca nella realizzazione dell'illecito cibernetico: il quale si dipana, a partire dalla realtà analogica, in quella virtuale, per poi tornare a quella reale. Solamente alla chiusura del cerchio potrebbe ritenersi integrata una fattispecie incriminatrice invocabile nei casi in esame.

Esemplificando, qualora l'invio di dati funzionali alla condivisione di un contenuto pedopornografico su un sito *web* non esiti nell'effettiva pubblicazione dello stesso (dunque nella possibilità di essere visualizzato da parte degli altri utenti), non potrà ritenersi integrata la fattispecie incriminatrice prevista all'art. 600-ter c.p.¹⁵¹.

In ottica interna, si osserva che «*to this user, a computer connected to the Internet provides a window to a virtual world that is roughly analogous to the physical world of real space*»¹⁵². Ebbene, a nostro avviso quella *finestra* è utile per comprendere ciò che dall'*interno* viene restituito all'*esterno*.

Ragionando diversamente, da un lato, si eviterebbe di considerare la porzione di *fatti reali* che, sebbene a partire dall'utilizzo del mezzo informatico, vengono realizzati: a

¹⁴⁸ O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., p. 397.

¹⁴⁹ Evidenza come talvolta l'evento consumativo del reato possa assumere natura esclusivamente tecnologica e tutta interna al cyberspace: tipicamente nelle interferenze e nei danneggiamenti informatici, L. PICOTTI, *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 721.

¹⁵⁰ Sono proprio i casi in cui è la fattispecie a prevedere diversamente (cfr. nt. precedente).

¹⁵¹ L'impostazione, d'altra parte, è coerente con la nozione di diffusione che riteniamo preferibile (cfr. *supra*, § 6), ovvero sia con quella che include, nella propria definizione, l'approdo dei dati nella sfera di disponibilità del destinatario.

¹⁵² O.S. KERR, *The Problem of Perspective in Internet Law*, cit., p. 359 s.

prescindere dallo specifico meccanismo di funzionamento delle TIC, un soggetto avrebbe pur sempre la possibilità di visionare contenuti integranti una o più fattispecie di reato sullo schermo, proprio o altrui. Dall'altro lato, i caratteri propri dell'illecito cibernetico – che, come si vedrà, incidono significativamente anche sul piano dell'offesa – verrebbero privati di qualsivoglia significato.

Già si è detto delle ripercussioni interpretative che una lettura esclusivamente *estrinseca* (ed estremizzata) provocherebbe rispetto agli illeciti diffamatori commessi *online*. Va ora segnalato, per completezza, che anche una visione esclusivamente *intrinseca* potrebbe avere effetti dirompenti sul rispetto dei principi di legalità, materialità e offensività. Si immagini una violenza sessuale realizzata interamente nella dimensione virtuale (ad es. nel metaverso¹⁵³), attraverso l'utilizzo di avatar. Nulla esclude che il soggetto passivo del reato possa effettivamente avvertire una lesione della propria sfera di autodeterminazione sessuale. Un siffatto sentimento, che potrebbe a prima vista portare a ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 609-*bis* c.p., eviterebbe però di confrontarsi e con l'assenza di riflessi modificativi della realtà fisica, e con il difetto di offesa all'interesse tutelato. L'applicazione della fattispecie verrebbe, di fatto, esclusivamente riconnessa al sentimento della vittima¹⁵⁴, con ciò ben potendo causare, in presenza di un identico fatto, opposte soluzioni giuridiche¹⁵⁵. Il diritto penale *del fatto* diverrebbe un diritto penale *della vittima*¹⁵⁶.

¹⁵³ Per una definizione, N. BUSSOLATI, *I reati nel metaverso*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2023, pp. 1469 ss.

¹⁵⁴ Sottolinea tale profilo anche B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, cit., p. 323.

¹⁵⁵ Pare viceversa mostrare delle aperture, N. BUSSOLATI, *I reati nel metaverso*, cit., pp. 1477 ss.

¹⁵⁶ In argomento, per tutti, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015.

SEZIONE II

PRESUPPOSTI TEORICI ALL'ANALISI DELL'ILLECITO CIBERNETICO

9. I peculiari connotati dell'offesa nelle content-related offences: il ruolo della portata diffusiva del contenuto

È tempo ora di approfondire l'analisi dei reati cibernetici – e segnatamente delle *content-related offences* – alla luce degli approdi raggiunti.

Si è visto come *Internet*, e con esso il *mezzo digitale*, non possa considerarsi “neutrale”, un mero prolungamento dell'agire umano. Le TIC modellano diversamente i rapporti interpersonali – altresì tra autore e vittima – e fomentano l'agire criminoso.

L'inevitabile commistione tra dimensione *analogica* e *digitale* rende fallaci le prospettive che concepiscono l'utilizzo dello strumento informatico come mera modalità di lesione ad un bene giuridico tutelato (esclusivamente) nella realtà analogica. Certo, il funzionamento del mezzo impiegato diviene fondamentale per comprendere la conformazione dei *fatti concreti*, evitando il rischio di applicazioni analogiche di fattispecie pensate esclusivamente per la realtà “tradizionale”: si pensi al “furto di dati”, impensabile alla luce dei meccanismi che regolano la copia di codici binari su supporti magnetici e della immaterialità delle informazioni¹⁵⁷. Questo, però, non può portare a concepire l'illecito – e, correlativamente, la sua analisi – solamente in chiave *estrinseca*, cioè, come visto, limitando l'attenzione ai passaggi e agli effetti che l'utilizzo dello strumento tecnologico richiede e determina sul piano materiale.

L'osmotica relazione tra le due realtà che vengono in gioco – ammesso che una distinzione possa ancora esservi – implica necessariamente un approfondimento del reato commesso in rete in una logica di confine, che non può soprassedere sulla sua particolare connotazione *online*. Mostrerebbe ampi difetti di logicità e ragionevolezza una trattazione che, muovendo dalla presupposta interdipendenza tra realtà analogica e digitale, finisse per ripiegare sullo studio della manifestazione del reato cibernetico in ottica squisitamente

¹⁵⁷ Cfr. *supra*, nt. 145.

estrinseca, prescindendo del tutto dai tratti peculiari che l'illecito presenta qualora realizzato nel *cyberspace*.

Per ragioni sistematiche, preferiamo rinviare l'approfondimento degli istituti a breve chiamati in causa alle parti del lavoro in cui verranno valutate le ricadute che l'analisi degli stessi, condotta alla luce della peculiarità delle TIC, evidenziano sul terreno della responsabilità dei *providers*. Ciò nonostante, non riteniamo di poterci esimere dal sintetizzare alcuni dei nodi innovativi – raramente valutati con l'attenzione che essi meritano – che l'illecito cibernetico mostra al cospetto di una nozione di reato costituzionalmente orientata.

Un dato di partenza ci pare difficilmente controvertibile. Se è vero che non è possibile pensare ad una realtà analogica svincolata da quella digitale e che queste due realtà mostrano rapporti di integrazione reciproca, è altresì vero che la lesione al bene giuridico connessa alla realizzazione dell'illecito non può rimanere confinata ad una realtà meramente analogica. Essa, viceversa, percorre moti circolari, che, a partire dal mondo dei fatti, si dipanano in *Internet*, per poi tornare alle dimensioni “reali”.

Con ciò, naturalmente, non intendiamo coniare una nuova concezione di offesa connessa alla realizzazione di reati in rete, bensì tratteggiare il significato che questa assume nella nuova realtà “di confine”.

Il discorso diviene più chiaro se si concentra l'attenzione sulle *content-related offences*.

Siamo sempre stati abituati a pensare che la lesione derivante da tali reati dipendesse – pressoché esclusivamente – dal *tipo* di contenuto illecito diffuso. In precedenza, è stato evidenziato come tali reati risultino di primario interesse per la *standardizzazione* della loro realizzazione, consistente nel “mero” caricamento di informazioni in rete. Logico il corollario che dovrebbe discenderne: se la condotta è sempre la medesima, il disvalore del reato dovrebbe tutto concentrarsi nella *qualità* del materiale pubblicato.

Di qui, d'altro canto, la costruzione di diverse fattispecie, peraltro sanzionate con cornici edittali assai distanti tra loro, sulla base proprio della conformazione assunta dagli scritti, dalle immagini, dai video, etc. Esemplificando, si pensi ai reati di diffusione di materiale pedopornografico o sessualmente esplicito, alle ipotesi di diffamazione *online* e ai discorsi d'odio. Illeciti, quelli richiamati, che, benché strutturati diversamente, assumono

rilievo (e vengono diversamente puntiti) in funzione della *conformazione* dell'informazione, essendo la condotta – nei casi in esame – assolutamente identica.

La creazione del *web 2.0*, tuttavia, ha posto in luce come l'offesa arrecata dall'illecito dipenda, oltre che naturalmente dalla tipologia dei contenuti caricati, soprattutto dalla portata endemica che essi assumono tra i consociati¹⁵⁸.

Generalmente, si presuppone che la diffusione dei contenuti illeciti abbia egual peso: questa, invero, è la ragione per la quale le fattispecie incriminatrici (compresi i propri elementi accessori) non tengono in considerazione il metro di propagazione del contenuto. Tale impostazione, se isolatamente considerata, finisce per svilire l'incidenza che la portata diffusiva dell'informazione riveste nella valutazione dell'*offesa*. Paradossalmente, la diffusione di materiale intrinsecamente meno lesivo – e riconducibile a fattispecie di cui spesso si invoca la depenalizzazione (come la diffamazione) – potrebbe arrecare una lesione assai più profonda della diffusione di contenuti in astratto più gravi: in forza della diversa risonanza mediatica che essi potrebbero assumere.

In astratto, potrebbe apparire quasi paradossale l'instaurazione di un paragone, in termini di offensività, tra il caricamento in rete di uno scritto diffamatorio e la condivisione di contenuti pedopornografici. Ove, tuttavia, si consideri che lo scritto diffamatorio potrebbe avere una risonanza mediatica amplissima (perché, ad es., caricato da un personaggio pubblico su una piattaforma digitale assai frequentata) e, verosimilmente, nemmeno paragonabile a quella relativa al caricamento di un contenuto pedopornografico (in ipotesi, pubblicato su un portale che conta pochissimi visitatori al mese o, volendo estremizzare, all'anno) dovrebbe ammettersi che la concentrazione del disvalore del fatto sull'esclusiva qualità delle informazioni veicolate possa risultare irragionevole, oltre che obsoleta.

Quanto evidenziato – va da sé – ha senso solamente nella misura in cui non si dubiti che tale elemento (l'ampiezza della visibilità delle informazioni) venga ad approfondire l'offesa al bene giuridico costituzionalmente tutelato. D'altronde, reputare la proliferazione del contenuto quale mero *effetto* dell'illecito, non solo nasconderebbe la realtà dei fatti,

¹⁵⁸ Cfr., per tutti, L. PICOTTI, *Reati informatici, riservatezza, identità digitale*, in *Documenti per il VII Congresso - La riforma dei reati contro la persona, 7° gruppo - Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, pp. 15 ss., consultabile al link <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/Documenti-per-il-VII-Congresso-La-riforma-dei-reati-contro-la-persona/7-gruppo-Reati-contro-l-inviolabilit-del-domicilio-la-tutela-della-vita-privata-e-dei-segreti-la-libert-e-la-personalit-informatica/> e, successivamente, ID., *Cybercrime e diritto penale*, cit., p. 721 s.; ID., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, Diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2019, pp. 91 ss.

profondamente segnata dalla portata endemica delle informazioni veicolate, ma, anche dal punto di vista teorico, si porrebbe in contrasto con la citata visione osmotica tra realtà analogica e digitale¹⁵⁹.

Invero, il legislatore ebbe modo di confrontarsi con il carattere diffusivo del contenuto già con riguardo al reato diffamazione a mezzo stampa. Nello specifico, l'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, rubricato "Riparazione pecuniaria", prevede che al risarcimento del danno possa aggiungersi, su richiesta dell'offeso, una somma a titolo di "riparazione" determinata "in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato"¹⁶⁰. Non è sede questa per dibattere sulla natura di siffatta somma (aggiuntiva) di denaro¹⁶¹; ciò che è essenziale evidenziare, tuttavia, è come la problematica si fosse posta e fosse stata risolta in maniera probabilmente opposta a quella che qui si sostiene.

Risulta infatti difficile considerare che l'affiancamento del carattere diffusivo all'elemento della gravità dell'offesa non implichi l'esclusione del primo (la diffusività) dal secondo (l'offesa). In altri termini, non vi sarebbe stato bisogno di richiamare la portata diffusiva dello stampato (e dunque del contenuto illecito) se questa fosse stata considerata insita nel concetto di *offesa*.

La soluzione, ciò non di meno, non deve stupire. Anzi, risulta coerente con una duplice esigenza, una sostanziale e una processuale (seppur strettamente interconnesse).

(i) La prima è quella non creare dubbi circa il momento consumativo dell'illecito di diffamazione: da sempre considerato reato istantaneo. Qualora il carattere diffusivo del contenuto fosse stato ritenuto rilevante per l'aggravarsi dell'offesa, si sarebbe dovuto comprendere *quando* il reato di diffamazione si sarebbe potuto consumare.

¹⁵⁹ Si sofferma sul rapporto tra disvalore di azione e di evento nel contesto digitale anche M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, cit., p. 221, il quale considera il carattere intrinsecamente criminogeno di *Internet* quale elemento che comporta l'attenuazione del disvalore insito nella condotta di caricamento del contenuto illecito in rete e, al contempo, la potenzialità diffusiva del mezzo informatico quale fattore che approfondisce il disvalore del risultato.

¹⁶⁰ Questo il testo della norma: "nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato".

¹⁶¹ Tra le molte tesi proposte, si ricordano quelle di F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale*, Tomo II, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1577 s. (già in *Foro it.*, 1985, pp. 1-15), che parrebbe aprire alla possibilità di considerare la riparazione pecuniaria anzidetta quale ipotesi di natura penale o para-penale; quella di M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 869, nt. 6, che, considerandola un'obbligazione civile, pur di carattere prevalentemente punitivo, osserva come la norma dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima (in quanto sprovvista di limiti minimi e massimi) qualora ne venisse condivisa la natura penale o para-penale; quella di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, Padova, 1982, p. 577, il quale ravvisa nella stessa una natura civile *sui generis*, correlata non tanto alla produzione di un danno, quanto, piuttosto, alla gravità obiettiva del contenuto diffamatorio e alla diffusione del supporto che lo contiene. «In un certo senso – osserva quest'ultimo A. – si può dire che, nella diffamazione a mezzo stampa, oltre al danno patrimoniale diretto e al danno morale indiretto, vi è un pregiudizio insito nell'offesa e nella diffusione dello stampato, che non può essere quantificato: pregiudizio di natura sociale che, per la sua essenza, non può essere risarcito, ma solo riparato».

(ii) La seconda, strettamente connessa alla prima, attiene all'impossibilità, probatoria (e, ancor prima, logica), di comprendere quando si fosse esaurita la diffusione dello stampato e, quindi, del contenuto diffamatorio.

Quanto osservato sino ad ora, tuttavia, spinge a rimeditare tale approdo, altresì negato dall'attuale possibilità tecnologica di stimare la diffusione (anche solo in termini di visualizzazioni) delle informazioni veicolate.

In definitiva, lungi dal rappresentare il mero danno, il diffondersi del contenuto caratterizza senza dubbio anche il disvalore del fatto (di reato), delineando illeciti diversamente graduati sul piano dell'offesa. Non è tanto una questione civilistica, correlata ai riflessi derivanti dal reato, ma una vera e propria *questione criminale*, legata ad un diverso tono di rimproverabilità dell'agire delittuoso¹⁶².

La distinzione tra illecito penale e civile ha impegnato diversi ed autorevoli scritti. Non potendo soffermarsi sui diversi argomenti che sono stati invocati, pare sufficiente, in questa sede, evidenziare come l'indubitabile distinzione tra queste due tipologie di illecito risieda, prima di tutto, nel diverso peso assegnato all'elemento soggettivo (*rectius*, alla conformazione del fatto tipico che da esso risulta innervato) nel *quantum* della sanzione. Il diritto penale è infatti insensibile a logiche di allocazione del rischio o a doveri di responsabilità¹⁶³, proprie del diritto civile¹⁶⁴, il quale non determina la misura del risarcimento dovuto in base al grado di riprovevolezza del comportamento tenuto, bensì, salvo eccezioni, con riguardo agli effetti lesivi che ne sono derivati¹⁶⁵. Viceversa, in ambito penalistico, la sanzione si misura, come si vedrà a breve, a partire

¹⁶² Il ragionamento potrebbe consentire di superare il difetto di razionalità che S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 95, ravvisava nel diverso trattamento giudico rispetto ad una medesima notizia. Così, nello specifico, il chiaro A.: «la costruzione di un diritto penale dei *mass media* pone oggi due differenti questioni. [...] Si tratta di garantire la razionalità della disciplina vigente, risultando inammissibile che una medesima notizia soggiace ad uno o ad un altro regime sanzionatorio a seconda che il fatto sia commesso a mezzo stampa o, da parte dello stesso periodico, su *Internet* ovvero in un notiziario radiofonico o televisivo» (p. 95). Maggiormente condivisibile, seppur con riserva di quanto si valuterà in seguito, invece, il secondo postulato, consistente nella necessità che «i contenuti della normativa siano stabiliti alla luce delle possibilità di controllo preventivo sulle notizie divulgate» (p. 96).

¹⁶³ Già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, 1974, p. 52, evidenziava come «l'art. 27, 1° comma, deve, per contro, operare nel senso di impedire che sollecitazioni "solidariste" di questo tipo possano esorbitare sul terreno della responsabilità penale: l'imputazione della sanzione penale a carico di un soggetto che non entra nel processo causativo del danno ma che assolve il ruolo di copertura dei rischi connessi all'esercizio di un'attività pericolosa non è consentita dalla Costituzione».

¹⁶⁴ Similmente, benché vagliando la responsabilità penale dell'AI, F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., p. 1025. Per una sintetica indicazione di alcune delle figure sanzionatorie civili che si discostano dal paradigma compensativo, A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 489. Nel diritto inglese, nella medesima direzione, A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 22.

¹⁶⁵ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 18 s., che rileva come, anche qualora venisse accolta la tesi volta a ridurre i danni *imprevedibili* esclusivamente a quelli cagionati con dolo anche in ambito extracontrattuale – l'impossibilità di parificare le due forme di

dal grado di disvalore dell'azione, profondamente segnato dalla propria conformazione dolosa o colposa. Breve: la responsabilità civile si fonda (almeno in via tendenziale) sul *danno arrecato dall'illecito*, quella penale sull'*illecito stesso*¹⁶⁶.

La responsabilità civile, d'altra parte, non risente di logiche *imputative* proprie del fatto di reato, la cui stessa struttura si conforma a partire dal principio di personalità della responsabilità penale (nella propria declinazione, di fatto proprio e colpevole). Evidenti sono, ad es., le differenze nell'accertamento della causalità naturalistica, eretta a partire dalla regola di giudizio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* nel diritto penale e del *più probabile che non* nel diritto civile.

Come si vedrà, la stessa conformazione (oggettiva) dell'illecito penale è profondamente segnata dal principio di colpevolezza e, correlativamente, dal disvalore di azione, il quale incide, a propria volta, sull'*offesa criminale*. Ciò implica che il diverso contesto in cui viene pubblicato un medesimo contenuto illecito, da cui discende una diversa diffusività dello stesso, caratterizza inevitabilmente il disvalore del reato e, quindi, si ripercuote sull'*offesa*. Non si tratta cioè di valutare esclusivamente quale sia il danno, patrimoniale e non, derivante dal reato, bensì di lumeggiare i diversi profili di disvalore che possiede la condotta nei differenti contesti.

Si pensi all'ipotesi relativa alla pubblicazione di un medesimo contenuto illecito in un *social network* utilizzato da milioni di persone ovvero in un blog frequentato da pochi visitatori al giorno. Benché il contenuto risulti il medesimo – e implichi l'applicazione della medesima fattispecie incriminatrice – il grado di disvalore delle due azioni risulta assolutamente differente; e con esso la misura di rimproverabilità da assegnare al soggetto agente. Ciò dunque conferma (e confermerà) quanto già anticipato: la portata diffusiva del contenuto segna profondamente la *lesione* provocata dal reato.

responsabilità, sotto questo specifico profilo, oggi si trae dal mancato richiamo all'art. 1225 c.c. da parte del 2056 c.c. – non implicherebbe l'esigenza di un differente trattamento fondato sulla natura dolosa o colposa dell'illecito. Qualora il danno prevedibile derivante dall'illecito fosse il medesimo, non si assisterebbe ad una distinzione, nel *quantum* risarcibile, tra l'ipotesi dolosa e colposa. La tesi enunciata nel testo è confermata anche da M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, cit., pp. 875, che pone in evidenza la naturale struttura reintegratoria del risarcimento del danno, nonché il suo limite, «espresso o tacito che sia, dichiarato o solo “pensato” dalla legge, tale limite è comunque sempre e soltanto il “quanto perduto o non guadagnato”».

¹⁶⁶ Fanno eccezione, tra gli altri, i c.d. “illeciti civili punitivi” introdotti nel nostro ordinamento, in aggiunta al risarcimento (che assume la qualifica di presupposto processuale), dal d. lgs. n. 7 del 2016 nell'ambito della depenalizzazione decisa con l. n. 67 del 2014. Sul punto, diffusamente, A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, cit., p. 487 ss., il quale segnala due direttrici evolutive: per un verso, quella del diritto penale di «appropriarsi della sanzione civile per eccellenza, il risarcimento del danno, quale equivalente della pena»; per altro verso, quella della «valorizzazione delle afflizioni civili ultra-compensative quali sanzioni punitive a cui sottoporre determinate tipologie di illeciti oggetto di depenalizzazione». Per una ricostruzione (con relativa critica) di alcune proposte relative alla prima tendenza, M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, cit., pp. 871 ss., che, tuttavia, apre a disposizioni che considerino il risarcimento del danno nell'ambito della valutazione “complessiva” del reato commesso e della personalità del soggetto attivo. Ravvisava nelle sanzioni civili riconducibili alle c.d. “pene private” lo strumento ora per colmare lacune di tutela legate alla frammentarietà del diritto penale, ora per realizzare processi di depenalizzazione, ora (soprattutto) per dirimere la scelta tra sanzione civile e penale, già F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., pp. 1573 ss.

10. (segue) *Il volto costituzionale dell'illecito cibernetico*

L'indubitabile rilevanza del grado di diffusione del contenuto sul piano dell'offesa richiama alla mente la famosa critica alla concentrazione del disvalore sull'evento del reato.

Anche nel settore di ricerca in esame, come si avrà modo di osservare, la corretta interpretazione del principio di responsabilità impone il riequilibrio, nell'analisi dell'illecito, tra il disvalore di evento e quello di azione. Esemplificando, le condotte di condivisione di un contenuto vietato su un portale *online* visitato da milioni di utenti o di pubblicazione dello stesso in un blog assai meno noto o accessibile mostrano, *già in astratto*, un'attitudine lesiva nemmeno paragonabile tra loro. A prescindere dal *concreto* numero di visualizzazioni che le informazioni caricate possano aver ottenuto (magari identico), è il disvalore delle due azioni a risultare inconciliabile.

Procediamo dunque prendendo le mosse dalle censure addotte, in via generale, alle tesi convoglianti il disvalore dell'illecito su quello dell'evento, per poi comprenderne l'adattabilità allo specifico ambito di interesse.

«Il momento lesivo dell'illecito penale, su cui lo sviluppo della teoria del bene giuridico e l'approccio costituzionalistico hanno polarizzato l'attenzione degli studiosi nell'ultimo ventennio, è stato prevalentemente analizzato sotto il profilo di quello che, con espressione divenuta ormai familiare anche alla nostra dottrina, possiamo chiamare il disvalore d'evento»¹⁶⁷. Così si apre un noto studio monografico volto (tra l'altro) a sfatare l'assunzione richiamata e a ricollocare al centro dell'analisi del reato il disvalore di azione¹⁶⁸.

L'affermazione, ricorrente nella manualistica, secondo cui nei reati a forma libera il disvalore si concentrerebbe sull'evento (naturalistico) dell'illecito risulta criticabile nella misura in cui, oltre a tratteggiare la distinzione tra reati di evento causalmente orientati e non, implicitamente rinnega il disvalore di azione¹⁶⁹. Va dunque superata, come si avrà

¹⁶⁷ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 2. In senso analogo, tra gli altri, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bononia University Press, Bologna, 2014, pp. 8 ss., 54 ss.

¹⁶⁸ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., *passim*.

¹⁶⁹ Pone l'accento sulle modalità (quindi, al disvalore) della condotta, invece, G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 386.

modo di vedere, una nozione di azione intesa secondo un'accezione neutra e prettamente *causale*, similmente a quanto sviluppato da Beling e Von Listz¹⁷⁰.

Già le teorie finalistiche dell'azione hanno dimostrato come la realizzazione di un medesimo fatto dal punto di vista del disvalore di evento possa essere assoggettato a sanzione o meno in base al disvalore di azione: si pensi all'ipotesi di morte cagionata con colpa o senza colpa (e dolo)¹⁷¹. E l'impostazione ben potrebbe essere riportata, con i dovuti aggiustamenti, al discrimine Jakobsiano tra “significato delittuoso” di un comportamento (rilevante per il diritto penale) e “natura” (irrilevante per il diritto penale), la quale «non agisce (almeno secondo la prospettiva del mondo moderno), ma semplicemente accade»¹⁷².

Ciò non di meno, il tentativo di concentrare l'attenzione sul principio di materialità e sull'offesa arrecata ai beni giuridici tutelati – percorso che ha altresì portato a considerare l'evento come sinonimo di “fatto” e dunque presente in tutti i reati, anche in quelli che di

¹⁷⁰ Per tutti, C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 83 ss. Sul punto, K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 59, riprendendo un passo di V. DE FRANCESCO, *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 126, segnala come tale impostazione trae origine dall'esigenza illuministico-liberale di riaffermare la laicità dell'ordinamento giuridico. «Il vincolo tra il principio *nullum crimen sine lege* e il primato della dimensione oggettiva del reato – osserva la chiara A. – costituisce l'argine contro il potere punitivo statale e le indebite intrusioni della sfera privata».

¹⁷¹ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 9. Per una concisa definizione della teoria, anche in risposta alle critiche pervenute (soprattutto da Bocklemanns), H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, J.C.B. <MohrPaul Siebeck>, Tübingen, 1949, *passim*. Pur non condividendone gli esiti, rimarcano come la dottrina finalistica dell'azione abbia avuto il merito di valorizzare il disvalore di azione anche C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, München, 2020, p. 345. Assegna a queste teorie un ruolo decisivo nell'aver indebitamente sovrapposto il disvalore di azione con quello di intenzione, invece, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 8. Sulla dottrina finalistica dell'azione di Welzel, altresì B. BURKHARDT, *Dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 39 ss. Con riguardo agli influssi dell'impostazione nella dogmatica nazionale, L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, *ibidem*, pp. 261 ss.

¹⁷² G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 20.

“evento”, in senso naturalistico, sono privi¹⁷³ – ha sovrapposto il disvalore del reato con quello dell’evento¹⁷⁴.

Sono palesi le incongruenze sottese a siffatto assunto. Ragionando con i più classici dei reati conosciuti in materia, non si comprenderebbe la ragione della diversa misura punitiva assegnata all’omicidio colposo rispetto a quello doloso. Possedendo il medesimo disvalore di evento, essi dovrebbero essere puniti in modo identico¹⁷⁵.

Ciò conduce ad un approdo ulteriore: l’offesa derivante dal reato è profondamente segnata dal disvalore di azione.

Assai interessanti, sul punto, sono altresì le riflessioni rinvenibili negli studi anglosassoni che non concepiscono, nell’esegesi dei reati di pericolo coperti da *recklessness*¹⁷⁶, una sanzione penale fondata esclusivamente sulla presenza o meno del destinatario di tutela al momento e nel luogo del fatto (e così sulla concretizzazione del pericolo)¹⁷⁷.

In argomento, si propone il caso di un soggetto (Parker) assegnatario, nonché a propria volta locatore, di una casa popolare. Essendo il (sub)conduttore insoddisfatto dell’alloggio, il sig. Parker decide di dar fuoco al divano dell’abitazione in assenza del locatario, così da rendere inabitabile la casa e farsi assegnare un altro

¹⁷³ Il riferimento è a N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 134 ss. Segnala tuttavia come l’opera sia precedente allo sviluppo, nel nostro ordinamento, del principio di colpevolezza e profondamente segnata da logiche argomentative proprie delle ipotesi di responsabilità oggettiva M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 11 s. Lo stesso A. segnala, d’altra parte, come la tesi sostenuta traesse origine, sul piano comparativo, dal dibattito tedesco, il quale aveva assistito al riconoscimento formale del principio di colpevolezza 30 anni prima.

¹⁷⁴ Tale visione ha financo portato a dubitare della stessa legittimità dei reati di mera condotta per il loro asserito contrasto con il principio di offensività. Per tutti, A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Vol. II, Giuffrè, Milano, p. 1482 s. Una chiara ricostruzione del modello teorico c.d. forte e debole rispetto al principio di offensività è offerta da G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 115 ss.

¹⁷⁵ Analogamente, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, cit., p. 15, rigetta la tesi secondo la quale la diversità tra le due ipotesi dovrebbe fondarsi nella diversa forma di *colpevolezza*, che non andrebbe però a segnare l’*offesa*: essa sarebbe uguale in entrambe le ipotesi.

¹⁷⁶ Per una definizione, nella dottrina nostrana, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 101 ss.; G. CALETTI, voce *Recklessness*, in *Reato colposo*, a cura di M. DONINI, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1047 ss. La considerano una “forma di colpa grave” G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 415, nt. 128. Sugli incerti confini tra *recklessness* e *negligence*, altresì, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 399 ss.; A. DI LANDRO, voce *Negligence*, in *Reato colposo*, a cura di M. DONINI, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 799 ss.; A. DE LIA, *I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense*, in *Arch. pen.*, 22 luglio 2024, *passim*.

¹⁷⁷ F. STARK, *The Reasonableness in Recklessness*, in *Criminal Law and Philosophy*, 14, 2020, p. 15 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

alloggio. Il tutto senza preoccuparsi della contestuale presenza o meno dei propri vicini di casa, che ben potrebbero venire coinvolti nell'incendio.

A rilevare, nel caso di specie, sarebbe la sezione 1, par. 2, del *Criminal Damage Act* del 1971, che sanziona, per la parte di interesse, il danneggiamento ingiustificato a proprie o altrui proprietà da cui deriva, come circostanza non voluta, ma oggetto di *recklessness*, il pericolo per la vita di un'altra persona¹⁷⁸.

Nel settore in esame, viene evidenziato come le teorie volte a rileggere i reati di pericolo (presunto) in termini di pericolo concreto altro non facciano che amplificare esiti di giudizio strettamente dipendenti dalla fortuna, piuttosto che da una reale graduazione di *culpability*. Nel caso richiamato, si osserva che il soggetto verrebbe punito solo in forza della concreta presenza dei vicini di casa nella propria abitazione, prescindendo del tutto da un parametro di giudizio ancorato a quello che, in questa sede, chiameremmo *disvalore di azione*¹⁷⁹.

Benché ripiegando su criteri di “ragionevolezza” nell’assunzione di un rischio “sconsiderato” – i quali, a parere di chi scrive, dovrebbero essere inquadrati nella *tipicità soggettiva*, piuttosto che nella colpevolezza¹⁸⁰ – in questa sede preme evidenziare come siffatte considerazioni colgano che la punibilità non possa dipendere dalla mera eventualità, del tutto sconnessa dal disvalore di azione, della concretizzazione del pericolo.

La citata critica al disvalore di evento ha finanche portato, in tempi recenti, ad evidenziare che «l’illecito è soprattutto disvalore di azione»¹⁸¹. E tale disvalore è

¹⁷⁸ Questo il testo integrale della disposizione: “*A person who without lawful excuse destroys or damages any property, whether belonging to himself or another:*

(a) intending to destroy or damage any property or being reckless as to whether any property would be destroyed or damaged; and

(b) intending by the destruction or damage to endanger the life of another or being reckless as to whether the life of another would be thereby endangered;
shall be guilty of an offence”.

¹⁷⁹ F. STARK, *The Reasonableness in Recklessness*, cit., p. 17.

¹⁸⁰ Tale elemento, infatti, non possiede carattere personale, cioè è ricavabile in ogni soggetto, pur appartenente ad una determinata categoria, ma non inerisce alla sua *persona*. Emblematiche, in argomento, le considerazioni di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 23, che rileva come «la tipicità soggettiva partecipa alla funzione comune agli altri elementi del fatto tipico: indicare ciò che è essenziale per l'identificazione di un reato mediante i contrassegni che lo individuano nel suo disvalore di fatto umano (perciò soggettivamente qualificato), in modo indipendente ed autonomo dall'universo dei caratteri personali che illuminano i moventi, l'atteggiamento interiore e la vicenda esistenziale dell'agente, o l'anormalità di determinate situazioni tipiche, esterne o interne, che l'hanno determinato ad agire».

¹⁸¹ K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 64. Non parrebbe pienamente soddisfatto della soluzione, invece, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 213, il quale segnala che «anche il fare leva sulla condotta come elemento centrale dell'illecito con l'intento di una piena affermazione del principio di colpevolezza e di personalità della responsabilità, e a motivo del fatto che l'attribuzione dell'evento comporta necessariamente qualche aspetto di rilevanza meramente oggettiva e un inevitabile scarto tra il principio di oggettività e quello di soggettività, o a motivo del fatto che la condotta

naturalmente legato alla conformazione dolosa o colposa della condotta; il che implica, naturalmente, che siffatti elementi *lato sensu* soggettivi debbano necessariamente rilevare già in sede di *tipicità*¹⁸².

D'altro canto, come è stato attentamente evidenziato, «l'elemento soggettivo, che non manca mai nel reato, appartiene al fatto tipico, perché ne condivide la funzione di indicare la materia del divieto nel suo disvalore e significato umano e non meramente naturalistico»; e ciò «comporta uno sforzo analitico ulteriore il quale conduce all'individuazione, all'interno dei tradizionali concetti di dolo e di colpa, dei dati che personalizzano l'attribuzione del fatto in funzione della risposta sanzionatoria (tipo di pena o misura di sicurezza), da quello che sono invece essenziali per l'identificazione del disvalore generale del fatto umano previsto dalla legge come reato»¹⁸³.

Detto altrimenti, per assumere la diversa conformazione del *Tatbestand* nei reati dolosi e colposi, è sufficiente osservare come non sia concepibile un illecito penale (che è innanzitutto un *fatto umano*) esangue, privo di qualsivoglia carattere di *soggettività* (elemento, si badi bene, da mantenere distinto dal concetto di *colpevolezza*, che attiene alla relazione tra l'illecito e il suo autore, alla sua *personalizzazione*)¹⁸⁴.

Invero, nella dottrina nostrana, si ravvisano ancora opinioni che, in contrapposizione con quanto rappresentato, temono che all'assegnazione di una rilevanza oggettiva del dolo e della colpa possa conseguire un diritto penale dell'*atteggiamento interiore*, piuttosto che del *fatto*¹⁸⁵.

sarebbe l'unico elemento a non mancare mai in ogni reato, non renderebbe conto del sistema positivo che, almeno nelle dichiarazioni di intenti collocate nella "parte generale" del codice, tende a far 'dipendere' l'*esistenza* stessa del reato da un evento dannoso o pericoloso collegato all'azione od omissione dell'agente da un particolare *rapporto*». Osservazione alla quale K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 92 s., con un approccio marcatamente *soggettivista*, replica, sebbene ritenendo condivisibile l'osservazione richiamata, che al momento della condotta non è esattamente prevedibile ciò che accadrà e, conseguentemente, il decorso causale e l'evento non potrebbero formare oggetto di precetto e di dolo: nel momento della condotta, solo il rischio potrebbe essere conoscibile, non l'evento (*hic et nunc*). In argomento, cfr. anche l'opinione "intermedia" di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 463 s., il quale, avversando, nell'analisi del reato colposo, la tesi di chi ravvisa nell'evento una mera condizione obiettiva di punibilità (anche quale portato delle teorie finalistiche dell'azione), osserva che l'eccessiva valorizzazione del disvalore d'azione cozza sia con il divieto di responsabilità oggettiva, sia con l'assunto secondo cui l'evento costituisce proprio il risultato che l'adozione della regola cautelare intende evitare.

¹⁸² Ai medesimi risultati perviene, pur ragionando in termini di diverso grado di offensività, C.E. PALIERO, *Struttura e funzione della fattispecie penale*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 68 ss.

¹⁸³ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 24. Corrispondentemente, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 305 ss.

¹⁸⁴ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 552 ss. e *passim*.

¹⁸⁵ Cfr., ad esempio, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 77 ss.; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, pp. 152 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed.,

Da ciò consegue che il disvalore di azione, variamente modulato anche in base alla diversa conformazione della tipicità soggettiva, contribuisce ad assicurare all'illecito penale la propria peculiare *offensività*: fondamento sul quale dovrebbe essere costruita la cornice edittale.

Breve: il reato, inteso come fatto previsto dalla legge idoneo a ledere un interesse costituzionalmente tutelato – quindi *offensivo* – è inevitabilmente connesso al disvalore di azione, che si soppesa diversamente a seconda della natura dolosa o colposa della condotta¹⁸⁶.

10.1. *Una “mera” riallocazione dei mobili nella stanza non è sufficiente per assicurare il rispetto del principio di personalità in un ordinamento orientato al nullum crimen sine culpa*

Ciò considerato, rimane ancora da comprendere quale sia l'elemento in grado di assicurare la corretta valorizzazione del disvalore di azione nell'analisi del reato. Assumere la rilevanza di dolo e colpa nel *Tatbestand*, benché probabilmente fornisca un buon aiuto all'interprete in chiave *diagnostica* (nell'analisi del reato), non sembra sufficiente, in assenza di ulteriori corollari, per risolvere le difficili problematiche di *imputazione* del fatto (di reato) che, anche nelle ipotesi in esame, si presentano¹⁸⁷.

Come già osservato, il disvalore delle *content-related offences* dipende in larga misura dalla scala di diffusione del contenuto. In altri termini, la maggiore visibilità e proliferazione delle informazioni illecite in rete approfondiscono la *lesione* arrecata dal reato. Anche volendo considerare il dolo e la colpa (oggettivi) in sede di tipicità, non si riuscirebbe ancora a spiegare il necessario nesso che dovrebbe intercorrere tra l'azione, che

Giuffrè, Milano, 2019, pp. 103 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2023, pp. 241 ss.

¹⁸⁶ Sulla distinzione tra rischio colposo e rischio doloso cfr. *infra*, § 10.4.2. Assai interessante, in merito alla nozione di reato come offesa a beni giuridici costituzionalmente tutelati, è altresì la recente disputa realizzatasi tra F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema Penale*, 13 marzo 2023, pp. 1 ss. e A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema Penale*, 2023, 10, pp. 63 ss. In argomento, fondamentale, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

¹⁸⁷ Similmente, benché in un diverso contesto, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 304 s.

ben potrebbe possedere un disvalore assai modesto, e l'offesa, che potrebbe, in forza dell'ampia risonanza mediatica del contenuto, possedere una gravità assai maggiore.

La tecnologia ed il progresso tecnologico, non solo con riguardo ai reati cibernetici, evidenziano con sempre maggior vigore lo iato che potrebbe intercorrere tra il disvalore di azione e quello di evento. Sempre più spesso si assiste all'introduzione di un fattore di rischio per la realizzazione di un reato – e quindi per l'*offesa* ad un bene giuridico – che si approfondisce a causa di condotte che prescindono da quelle dell'agente.

Si immagini una diffamazione realizzata da un soggetto mediante la pubblicazione di un post su un *social network*. Come noto, la diffusione del contenuto è (almeno di norma) strettamente dipendente dalla quantità di “connessioni” che l'autore del post ha con altri soggetti. Sorvolando per ora sulla possibile diffusione delle informazioni dovuta ai meccanismi automatizzati utilizzati dalle piattaforme digitali, che ben potrebbero incidere sulla circolazione dei contenuti, si immagini che, a causa di un accadimento del tutto imprevedibile, il reo divenga, dopo la pubblicazione dello scritto, improvvisamente esposto pubblicamente (ad es. perché, in quanto avvocato, assuma d'ufficio la difesa di un soggetto indagato in un famoso caso di cronaca nera). Naturalmente, la circostanza implicherebbe una diffusione delle informazioni assai maggiore rispetto a quella previamente ipotizzata (e realizzata al momento della effettiva condivisione del testo): la generalità dei consociati, incuriosita dalla personalità dell'autore, ne visiterebbe il profilo *social* e, così, prenderebbe visione del contenuto diffamatorio.

In un caso come quello ipotizzato, qualora si volesse mantenere fermo l'assunto in merito all'approfondimento dell'offesa cagionata dall'ondata mediatica, si assisterebbe ad una evidente discrasia tra il disvalore di azione e quello di evento “finale”, coincidente con il momento di massima diffusione del contenuto. E nonostante il tentativo di valutare siffatto incremento di offesa sul piano della tipicità soggettiva, sarebbe assai difficile escludere il dolo sulla base del “mero” incremento di visibilità delle informazioni, a maggior ragione considerando l'impostazione “tradizionale”, che incentra il disvalore dell'illecito sulla base della *qualità* del contenuto caricato¹⁸⁸.

¹⁸⁸ La mente corre veloce alla tesi di M. GALLO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. XIII, 1964, pp. 776 ss. (altresì ripresa, tra gli altri, da G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 87 s.), che, adottando una concezione realistica del reato, segnala la necessità di ricomprendere l'offesa al bene giuridico tra gli elementi costitutivi dell'illecito e, per questa via, nell'oggetto del dolo. Come noto, la tesi non ha trovato particolare accoglimento. La principale critica è che la stessa potrebbe adattarsi esclusivamente ai c.d. delitti naturali, ma non a quelli di pura creazione legislativa, ove la lesione al bene non

Nel prosieguo dell'indagine, verrà dedicato ampio spazio a siffatta questione: segnatamente, quando sarà approfondito il momento consumativo dei reati commessi *online*¹⁸⁹. Per ciò che ora interessa, basti rilevare che, almeno allo stato attuale del dibattito, qualora la fase di consumazione del reato venga considerata dipendere dalla diffusione del contenuto, al relativo autore verrebbe imputato un illecito il cui disvalore risulterebbe incompatibile con quello insito nella propria azione.

La carenza di un approfondimento della problematica nello specifico settore del diritto penale dell'informatica consente un confronto con le offese – per certi versi analoghe – arrecate al *clima*. Anche in quel contesto, si osserva come lo strumentario penale deputato a garantire la salvaguardia dell'ambiente risulti inadatto alla tutela del primo (e diverso) bene giuridico¹⁹⁰. In questo caso, non sarebbe solamente pressoché impossibile considerare, *ex post*, la condotta tenuta da una singola impresa – semplifichiamo riferendoci ad una singola impresa, ma, a rigore, ci si dovrebbe riferire ai singoli soggetti avvicendatisi alla guida della stessa, anche per un tempo limitato – come causalmente rilevante sul *climate change*, parimenti a quanto sovente accade in materia di *disastri ambientali*¹⁹¹. Anche in ottica *ex ante*, la pericolosità delle condotte (nei confronti del clima) vacilla. Quand'anche fosse stato attivato un rischio illecito, difetterebbe pur sempre il rapporto di identità che dovrebbe essere predicato tra quest'ultimo e la verifica dell'evento (cambiamento climatico)¹⁹². Certo, la macroscopicità e l'evanescenza del bene in oggetto (il clima) hanno buon gioco

è immaginabile (o percepibile) prima della conoscenza del precetto. Così, tra gli altri, D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, 1970, p. 35 e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 438; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 39 s.

¹⁸⁹ Cfr. Cap. IV.

¹⁹⁰ Il “clima” viene definito dall'enciclopedia Treccani come «il complesso delle condizioni meteorologiche (elementi del c.: temperatura atmosferica, venti, precipitazioni), che caratterizzano una località o una regione nel corso dell'anno, mediato su un lungo periodo di tempo. Si distingue dal tempo (in senso meteorologico), che è una combinazione solo momentanea degli elementi medesimi. Più rigorosamente, si definisce il c. come la descrizione statistica in termini dei valori medi e della variabilità delle quantità rilevanti (i citati elementi del c.) in un periodo di tempo che va dai mesi alle migliaia o ai milioni di anni. Secondo la definizione dell'Organizzazione Meteorologica Mondiale, il periodo di media classico è di 30 anni. I valori degli elementi del c. sono determinati, o quanto meno influenzati, dai fattori del c., distinti in fattori cosmici (movimenti e forma della Terra) e geografici (latitudine, altitudine, distanza dal mare, orientamento delle masse continentali e dei sistemi montuosi, correnti marine, azione umana)». In estrema sintesi, potremmo asserire che «il clima rappresenta il contesto in cui si trovano gli elementi che compongono l'ambiente, però è da essi distinto» (così A. NIETO MARTÍN, Don't look up: *le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *Sistema Penale*, 2022, 10, p. 54).

¹⁹¹ Sulla flessibilizzazione dei criteri di imputazione oggettiva e soggettiva di eventi disastrosi, sottolineando l'opportunità di valorizzare la responsabilità dell'ente collettivo, sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a F. CONTRI, *Paradigmi di responsabilità penale per l'esposizione a sostanze tossiche. Dalla responsabilità individuale a quella dell'organizzazione*, cit., pp. 235 ss.

¹⁹² Inoltre, sarebbe pressoché impossibile accertare l'idoneità offensiva di una singola azione per macroeventi che, per loro natura, sorgono dall'accumulo reiterato di condotte (lecite o illecite) per lunghissimi archi di tempo (sulla questione, da ultimo, F. DIAMANTI, *Il reato cumulativo. Il diritto penale davanti al problema dei grandi numeri*, in *Arch. pen.*, 13 ottobre 2025). Tale carattere, in uno con la ‘modestia’ offensiva rispetto all'evento, fa allora propendere per l'utilizzo di uno strumentario penalistico preventivo e repressivo diverso da quello ambientale: segnatamente, per quello degli abusi di mercato. Così, chiaramente ed in termini del

nell'evidenziare il diaframma ravvisabile tra il disvalore di azione e quello di evento, così interrompendo qualsivoglia "legame offensivo" tra le due entità. La situazione, tuttavia, non pare così distante da quella oggetto del presente studio, perlomeno stando alle esemplificazioni poc'anzi elaborate, ove l'offesa (benché afferente ad un medesimo bene giuridico) assume una profondità tale da risultare irriducibile ad unità.

Ma non è tutto. L'ampio raggio intercorrente tra il disvalore di azione e quello di evento (ovvero quello riconducibile al momento di massima gravità dell'illecito) mal si concilierebbe con il principio di colpevolezza.

Risulterebbe assai difficile considerare rispettosa del principio di personalità della responsabilità penale – nella propria duplice declinazione: di fatto proprio e colpevole – una condanna per il reato, così come esitante dal successivo approfondimento dell'offesa, al soggetto che abbia pubblicato il contenuto diffamatorio in un momento in cui siffatto aggravamento era del tutto imprevedibile.

La funzione rieducativa della pena perderebbe gran parte del proprio significato ed inficerebbe la definizione di illecito penale come fatto offensivo di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, la quale (anche) su di essa viene eretta¹⁹³.

Già è stato ampiamente dimostrato che «proprio prendendo le mosse dalla duplice funzione attribuita alla pena dall'art. 27, 3° comma, è possibile dedurre la costituzionalizzazione del contenuto necessariamente lesivo dell'illecito penale. Questi i termini dell'assunto: per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressione di semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità e, con conseguente invasione della sfera di operatività propria delle misure di sicurezza), l'equilibrio tra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su di un fatto offensivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo) dell'interesse tutelato»¹⁹⁴. Ebbene, la svalutazione della componente rieducativa della pena mal si concilierebbe con la poc'anzi richiamata – e condivisa – definizione di illecito penale.

Di qui la necessità di ricavare un "nuovo" elemento costitutivo del reato, proprio a partire dal rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Un componente

tutto condivisibili, A. NIETO MARTÍN, Don't look up: *le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, cit., pp. 51 ss., che si concentra altresì sul beneficio che gli obblighi di *due diligence* potrebbero comportare per il clima.

¹⁹³ V. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 81 s. Una chiara sintesi dell'impostazione è contenuta anche in M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., pp. 27 ss.

¹⁹⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

dell'illecito che consenta di coniugare il disvalore di azione con quello di evento e, così, di assegnare responsabilità penali per fatti propri e colpevoli: il *nesso di rischio*¹⁹⁵.

10.2. *Il nesso di rischio come elemento di riaffermazione del principio di responsabilità per fatto proprio*

La “scoperta” del *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, ricavato dalla sentenza 364 del 1988 a partire dal combinato disposto del 1° e 3° comma dell'art. 27 Cost.¹⁹⁶, impone una rilettura di tutto l'elemento oggettivo del reato. «Solo una lettura meccanicistica può pensare che la condotta causante incolpevole sia oggettivamente la stessa che è sorretta da dolo e colpa»¹⁹⁷.

Già si è detto dell'importanza, nell'analisi del reato, del disvalore di azione. Ciò che è rimasto in ombra, però, è la necessità di ricollegarlo ad un rischio *illecito* attivato o aggravato dal soggetto agente. Dove non c'è rischio illecito, infatti, non c'è nemmeno disvalore della condotta¹⁹⁸ (semplificando al massimo: non vi è nessuna *colpa*)¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Così, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*, nonché, più di recente, ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, 635 ss., e, da ultimo, ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 25 ss.

¹⁹⁶ Tra i primi commenti alla pronuncia, per tutti, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, pp. 1385 ss.; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 ss.

¹⁹⁷ M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1612. In senso corrispondente, tra gli altri, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., pp. 305 ss.

¹⁹⁸ Per restare alla letteratura più recente, ad es., esplicita la riconducibilità del disvalore di azione al carattere illecito del rischio attivato o aggravato anche K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 65.

¹⁹⁹ Evidenzia chiaramente come la liceità del rischio escluda la *tipicità* del fatto, e ciò quand'anche l'evento si leghi causalmente ad essa (e ne rappresenti la concretizzazione: v. *infra*), F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 325. Valorizzano l'elemento di comunanza tra dolo e colpa nella c.d. misura oggettiva della colpa (violazione di una regola cautelare) G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 383 ss., che fa riferimento al “requisito della diligenza”; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 26 ss.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, cit., pp. 90 ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1070 ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 27; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1711. Meno assertiva pare invece l'impostazione di F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 301 s. (in part. nt. 5), che, pur contrapponendosi a quelle tesi che reclamano l'esigenza di una trattazione separata del reato colposo rispetto

Ragionare diversamente significherebbe privare di significato il principio del *nullum crimen sine culpa*.

«Non basta, infatti, che la condotta causi un evento; essa deve essere di per se stessa illecita (*normwidrig, pflichtwidrig*) ed è tale quando si pone in contrasto con una norma in grado di orientare il comportamento del destinatario alla prevenzione di rischi illeciti e non consentiti»²⁰⁰.

Cagionare un evento lesivo, anche con dolo intenzionale, ma nell'ambito di una attività consentita dall'ordinamento è irrilevante per il diritto penale (sempre che, naturalmente, per la peculiare conformazione del fatto, non vengano travalicati i limiti di liceità del comportamento rischioso o pericoloso)²⁰¹.

a quello doloso, osserva come la violazione di regole cautelari possa aversi anche nel dolo (ad es. mediante accettazione del rischio dell'inidoneità di cautele antinfortunistiche, con riguardo al dolo eventuale, o con omissione delle stesse finalizzata a causare un infortunio al dipendente che insidia la propria moglie, in relazione al dolo diretto). Assai critico rispetto a siffatta posizione è F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Cedam, Padova, 1993, pp. 357 ss. Per il superamento della sovrapposizione tra *colpa* e *rischio illecito* si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 364.

²⁰⁰ K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 64. In senso analogo, tra gli altri, già A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1097, che sottolinea come «per “rischio giuridicamente rilevante” o “significativo” deve intendersi la creazione di uno stato di pericolo, tale da attivare la reazione dell'ordinamento giuridico, il quale, con il ricorso di ulteriori condizioni, potrà imputare l'evento prodottosi come conseguenza al suo autore. Per converso, il mancato superamento della soglia di rilevanza esclude in partenza, pur in presenza di azioni pericolose, la sussistenza del fatto tipico». Sul punto, altresì, C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, cit., pp. 93 ss. e C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 92 ss., ripercorrendo la *objektive Zurechnungslehre*. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento – come noto, di matrice tedesca – è stata a più riprese richiamata e approfondita nel nostro paese. Tra i primi contributi a sostegno della teoria, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934, rist., Torino, 1960, pp. 229 ss.; A.R. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 881 ss.; ID., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *St. urb.*, 1985-86/1986-87/1987-88, pp. 127 ss.; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989, *passim*; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 231 ss., pp. 252 ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, pt. I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 ss., e pt. II, *ivi*, pp. 1114 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 291 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 159 ss., 251 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., *passim*, pur concentrandosi sul reato colposo; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 779 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, pp. 90 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 40/5 ss. e 41/20 ss.

²⁰¹ Pone in luce il rapporto di omogeneità tra il giudizio di prevedibilità e quello sul rischio consentito in ambito colposo, facilmente traslabile anche in quello doloso, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 327 s. Sul rapporto tra rischio colposo e rischio doloso, cfr. *infra*, § 8.4.2. Con diverse accezioni, ritengono compatibile il rischio consentito con i reati dolosi, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 383 ss.; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, cit., pp. 90 ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., pp. 1070 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., 635 ss.; ID., *Nesso di rischio. Il*

La questione verrà approfondita analizzando il concorso di persone mediante attività neutrali²⁰². Si dovrà valutare, infatti, se la condotta del *provider*, consentita dall'ordinamento, possa per questo risultare irrilevante per il diritto penale; e ciò quand'anche venga "strumentalizzata" dagli utenti per commettere reati. Per il momento, basti ricordare l'emblematico caso del venditore di armi che, ben consapevole che l'acquirente utilizzerà l'arma per uccidere, ceda ugualmente lo strumento (che si rivelerà successivamente letale). Egli – si osserva – non risponderà in concorso con l'omicida, nemmeno qualora avesse internamente condiviso l'intento criminale del proprio cliente. E ciò per la semplice ragione che, sebbene causalmente correlata all'evento mortale (*condicio sine qua non*), con la propria condotta egli non ha attivato alcun rischio *illecito*. In altri termini, per quanto moralmente riprovevole potrebbe risultare la sua azione, il venditore d'armi si è limitato a svolgere una attività intrinsecamente pericolosa, ma consentita, il cui disvalore è neutro per il diritto penale. Non gli potrà dunque essere successivamente mosso alcun rimprovero²⁰³.

Il discorso è ricorrente nell'ambito dell'attività di impresa, e segnatamente nei settori del diritto penale ambientale e della sicurezza del lavoro: veri e propri laboratori di sperimentazione degli istituti connessi al paradigma del rischio consentito²⁰⁴. La ragione è nota: il reiterato accumulo di sostanze inquinanti nelle diverse matrici ambientali, pur nei limiti consentiti dall'ordinamento, porta, a distanza di decenni, alla verifica di veri e propri eventi disastrosi. A fronte della loro realizzazione, la tentazione, ravvisabile altresì in giurisprudenza, è quella di considerare *ab origine* illecita l'attività²⁰⁵; e ciò quand'anche si fosse mantenuta nei limiti imposti dall'ordinamento: eventualità naturalmente da prevenire nel settore della responsabilità dei *providers*. Si arriva finanche a sostenere che «non può esistere un disastro [...] legittimo e consentito»²⁰⁶. Benché con le relative differenze, vicende processuali note alla cronaca quali quelle

disvalore di azione-evento, cit., 25 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, cit., pp. 363 ss; EAD., *Tipicità soggettiva*, cit., *passim*; L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., pp. 305 ss. Ad escluderlo, tra gli altri, è invece A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, cit., p. 1102 s.

²⁰² Cfr. Cap. III.

²⁰³ L'esempio è tratto da M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., p. 635.

²⁰⁴ Per una rapida ricognizione sistematica degli stessi, S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 335 ss. Sul punto, altresì, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., pp. 6 ss.

²⁰⁵ In argomento, fondamentale, F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del convegno di studio organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 17-18 dicembre 1976, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 75 ss.

²⁰⁶ G. AMENDOLA, *L'ambiente in costituzione. Primi appunti*, in *Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare*, 14 febbraio 2022, p. 4.

dell'acciaieria Ilva di Taranto²⁰⁷ e della centrale termoelettrica Enel a Porto Tolle²⁰⁸ rappresentano una plastica dimostrazione di siffatta tendenza.

Assai rare sono le pronunce che valorizzano la liceità del rischio per escludere la responsabilità penale dell'esercente un'attività pericolosa. Invero, quando a tale profilo ci si riferisce, esso pare far capolino con una timidezza tale da render noto che raramente potrebbe, da solo, escludere la responsabilità penale per offese causalmente correlate all'esercizio di attività economiche²⁰⁹.

Ebbene, occorre invece rammentare che «nel nostro come negli altri ordinamenti, a rigore, non vige un “divieto assoluto” di inquinare o di causare eventi lesivi, ma un “divieto solo relativo”: limitato, cioè, a

²⁰⁷ Nella pronuncia di primo grado (Corte d'Assise di Taranto, sent. 28 giugno 2022, n. 1/2021), sono ricavabili statuizioni del seguente tenore: «il fatto che un titolo autorizzatorio e la norma da cui esso discende riconosca un diritto o una facoltà giuridica, di cui segni i limiti formali, non è di ostacolo al riconoscimento dell'illecito penale quando il suo esercizio si ponga, in concreto, in contrasto con i fini sostanziali che il titolo (e la norma) si prefigge ovvero con una norma diversa o con gli stessi principi generali dell'ordinamento». E ancora: «non potrà mai dirsi scriminata la condotta del gestore – per il delitto di disastro [innominato] – se nella valutazione complessiva della attività emissiva dello stabilimento, la stessa abbia determinato quella compromissione dell'aria-ambiente che renda concreto il pericolo per la salute della collettività locale». Per una fedele ricostruzione della vicenda e dell'apparato motivazionale della pronuncia di primo grado, per tutti, G. RUGGIERO, *Appunti sul processo ambiente svenduto*, in *Sistema Penale*, 20 dicembre 2023, *passim*. In argomento, altresì, A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*. Tomo II. *Reati di comune pericolo mediante frode*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 334; C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 149 ss. Sulla tendenza “precauzionalizzante” insita nell'impostazione accusatoria, D. CASTRONUOVO, *Tecniche di tutela e principio di precauzione*, in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, a cura di A. Gargani, Giappichelli, Torino, 2021, p. 94. In merito agli specifici profili di rischio consentito, A. GARGANI, *Jus in Latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Discrimen*, 1 febbraio 2020, pp. 16 ss.

²⁰⁸ La vicenda riguarda una compromissione ambientale con conseguente pericolo per la salute derivante dal rilascio, durante l'attività di produzione di energia elettrica, di ossidi di azoto, di zolfo, di polveri sottili e di metalli pesanti. Tra le argomentazioni della Suprema Corte (Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 2018, n. 2209), spicca l'assunto secondo cui il rispetto delle disposizioni sui limiti di emissione non renderebbe di per sé lecita l'attività produttiva poiché – a detta degli Ermellini – l'esclusione dell'antigiuridicità (inquadramento dogmatico discutibile, come si vedrà appresso) postulerebbe la buona fede degli amministratori, i quali sarebbero stati invece consapevoli del degrado ambientale prodotto. La confusione di panni (oggettivo e soggettivo) è evidente. Nella visione della Corte, dovrebbe essere la consapevolezza della dannosità della condotta – implicita, come visto, nell'esercizio di una attività rischiosa – a fondare la responsabilità degli amministratori, a nulla rilevando la liceità oggettiva del loro operare. In sostanza, una volta realizzatesi le offese, i garanti non potrebbero far affidamento sul rispetto dell'AIA e delle normative di settore. La consapevolezza della pericolosità dell'attività dovrebbe implicare la tenuta di comportamenti tali da non cagionare eventi lesivi. Quali essi siano non è dato sapere: forse addirittura la cessazione dell'attività pericolosa, che, in quanto tale, non si sarebbe dovuta nemmeno iniziare. Sulla vicenda, G. FORNARI, E. DI FIORINO, *Emissioni nocive dalla centrale di Porto Tolle: la Cassazione mette la parola fine*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 aprile 2018; A. BELL, *Il processo alla centrale termoelettrica di Porto Tolle: gli ex amministratori delegati di Enel condannati per il pericolo di disastro sanitario*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2014.

²⁰⁹ Il riferimento è alla pronuncia del Tribunale di Savona nella vicenda che ha interessato lo stabilimento Tirreno Power di Vado Ligure (Tribunale di Savona, 3 ottobre 2023, n. 1277, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 5 gennaio 2024). Il Tribunale ha infatti ritenuto non provato l'incremento di morbidità correlato alle emissioni della centrale a causa della mancata esclusione di fattori causali alternativi che avrebbero potuto incidere sui risultati epidemiologici. Il fatto è stato conseguentemente ritenuto insussistente. A ben poco rilevano dunque le statuizioni in merito al difetto di sfioramento dei limiti di emissione, comunque sempre accompagnati, nella loro stesura, dalla valorizzazione del difetto di prova dell'evento di pericolo: è quest'ultima la ragione per cui si assolve.

quella quota di eventi avversi per l'incolumità e l'ambiente prodotti da condotte realizzate al di fuori del rischio consentito»²¹⁰. Ragionare diversamente significherebbe privare di significato il principio di *personalità*, nel proprio doppio corollario, di fatto *proprio* e *colpevole*.

D'altro canto, mette conto evidenziare che, concentrando la questione sul gradino della tipicità – impostazione comune ai sostenitori dell'imputazione oggettiva e della concezione normativa della colpa –, piuttosto che su quello della antigiuridicità, rimarrebbe invariata la possibilità di percorrere la via del rimedio risarcitorio di carattere civile²¹¹.

Contrariamente rispetto a quanto si potrebbe pensare, dunque, l'accertamento della (il)liceità del rischio va compiuto prima della prova della causalità naturalistica. La possibilità di *imputare* un fatto di reato (cioè di ricondurre un comportamento concreto alla fattispecie astratta²¹²) presuppone una condotta connotata *in primis* dal disvalore di azione, del tutto mancante nei casi in cui il comportamento non si discosti dalla soglia di rischio consentito²¹³.

Breve: la cultura del principio del *nullum crimen sine culpa* ha rimodulato il significato del principio di responsabilità per fatto proprio, consentendogli di rendere penalmente irrilevanti tutti i comportamenti che non attivino o aggravino un rischio illecito²¹⁴.

²¹⁰ D. CASTRONUOVO, *Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente*, in *Lavoro e diritto*, 2022, p. 379. In senso analogo, nello specifico settore del diritto penale ambientale, A. GARGANI, *Jus in Latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, cit., *passim*.

²¹¹ Per tutti, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1109 ss., il quale tiene tuttavia a precisare che «il rischio consentito non ha funzione orientativa del singolo, poiché non esprime un precetto comportamentale per l'operatore. Esso agisce sul tipo in via mediata, cioè riducendo l'ampiezza del fatto rilevante penalmente, ma non veicola alcun imperativo» (p. 1112). Esclude il ricorso a cause di giustificazione anche G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 123 s.

²¹² L'assunto non viene condiviso da K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 68 ss., che, considerando superata tale impostazione, rileva come si dovrebbe distinguere tra *imputatio facti* e *applicatio legis ad factum*: il giudizio di attribuibilità di un fatto all'agente sarebbe una vera e propria questione di *imputazione*; la riconducibilità di quel fatto alla norma (in cui rientra il giudizio sull'illiceità dell'azione) dovrebbe essere inteso come giudizio di *valutazione* (il che implica che il fatto sia già stato imputato).

²¹³ Con argomenti assai simili, benché con precipuo riguardo alle ipotesi colpose, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 328, conclude che «il reato colposo è infatti dominio del disvalore di condotta». E il ragionamento – aggiungiamo noi – dovrebbe allora replicarsi, a maggior ragione, in ambito doloso, ove, pur con una diversa graduazione, si assiste all'entrata in scena dell'elemento volontaristico. È proprio in ambito colposo, infatti, che, difettando il requisito della volontà – che connota, prima di tutto, la condotta, essendo l'evento futuro e ancora incerto –, potrebbe sorgere il dubbio che il disvalore del reato possa concentrarsi sulla verifica dell'evento. «L'illecito doloso è un fatto volontario che *non si doveva* volere: si rimprovera alla volontà di averlo prodotto. L'illecito colposo è un fatto involontario che *non si doveva* produrre: si rimprovera alla volontà di non averlo impedito» (così, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., p. 300 s.).

²¹⁴ Cfr. M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, cit., pp. 1612 ss.

A questo accertamento, effettuato *ex ante*, se ne accompagna anche uno *ex post*: l'evento deve rappresentare la concretizzazione del rischio specifico attivato, aggravato o non ridotto²¹⁵. Ecco un ulteriore postulato del principio di responsabilità per fatto proprio 'ottimizzato', in un ordinamento 'attualizzato' al *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. E ciò vale, naturalmente, per il paradigma colposo come per quello doloso. Il rapporto di coincidenza tra il rischio illecito attivato e quello realizzatosi del risultato lesivo (c.d. nesso di rischio) costituisce substrato comune ai reati dolosi e colposi²¹⁶.

«Si può cagionare la morte di un uomo, la sottrazione di garanzie in un'impresa o il crollo di un edificio, però se la causazione (rapporto eziologico) non avviene attraverso un rapporto di rischio congruente con le fattispecie e le regole generali di imputazione, quei fatti, anche se voluti, o realizzati conoscendo e volendo un certo rischio di base, anche se causati in presenza di una qualche "colpa", non saranno ascrivibili come "eventi" dei delitti di omicidio, di bancarotta o di crollo di costruzioni. Il nesso di rischio è quindi un elemento oggettivo in più rispetto alla condotta, all'evento e al rapporto causale puro e semplice»²¹⁷.

Il soggetto agente potrebbe, con la propria condotta, aver attivato svariati rischi illeciti, ma non essere responsabile per alcun evento, quand'anche questi lo avesse *naturalisticamente* cagionato. Qualora l'evento lesivo non rappresenti la realizzazione del rischio illecito attivato o aggravato, il fatto di reato (comprensivo dell'evento) non potrebbe dirsi *proprio* di lui²¹⁸.

In argomento, merita accoglimento la teoria – *normativizzante* – elaborata da G. Jakobs sulle aree di competenza sia con riguardo ai reati commissivi sia a quelli omissivi. L'A. osserva infatti che «è noto che nei reati omissivi impropri, secondo l'impianto teorico che su di essi è stato costruito, solo chi ha la posizione di

²¹⁵ Per tutti, C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, cit., pp. 85 ss., in part. pp. 95 ss.

²¹⁶ La considerazione, spesso svincolata dalla valorizzazione dell'illiceità del rischio (portato dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento), è talvolta trattata per escludere il nesso causale, ai sensi dell'art. 41 cpv. Così, ad es., M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 464. Ne dà atto con la consueta chiarezza, A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1541. Da segnalare, in proposito, è altresì l'opinione di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 375 ss., secondo il quale il punto di partenza per l'elaborazione della teoria dell'imputazione oggettiva sarebbe stata proprio l'eccessiva ampiezza del criterio condizionalistico.

²¹⁷ M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 639.

²¹⁸ In argomento, altresì C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., pp. 99 ss. Ripercorrendo questo duplice accertamento, *ex ante* ed *ex post*, A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 784, ne evidenzia un'affinità sistematica con l'istituto del reato impossibile, dove «alla considerazione *ex ante* per la inidoneità dell'azione fa riscontro la considerazione *ex post* per la inesistenza dell'oggetto». E questo, osserva l'A., è un segnale assai importante di una finora non supposta affinità sistematica tra i due istituti».

garanzia è obbligato a neutralizzare situazioni rischiose che possono produrre esiti lesivi. In realtà, non diversamente accade nei reati commissivi»²¹⁹. In particolare, si tratta di comprendere quando le conseguenze dannose arrecate al terzo derivino dalla scorretta organizzazione della propria attività ovvero quando debbano essere imputate alla vulnerabilità della vittima, al suo comportamento o a quello di un terzo. «La titolarità di un sfera di organizzazione non è finalizzata alla conservazione di questa a mo' di museo, ma piuttosto – in parole povere – allo sviluppo della persona attraverso la sua organizzazione, ad esempio sotto il profilo del compimento del proprio lavoro, della propria formazione e sotto altri aspetti ancora. Tale sviluppo può comportare un pregiudizio a sé stessi – il viaggio in direzione del luogo di lavoro termina in una curva sdruciolevole contro un albero –, ma anche un danno ad altre persone – il conducente di un veicolo che procede dalla direzione opposta contromano viene ferito o addirittura ucciso nello scontro –. [...] Per quanto concerne l'eventualità di occasionare danno ad altre persone, non è certo possibile garantire ad esse che sempre e in ogni caso sia escluso qualsiasi accadimento di questo genere, ma solamente che nelle relazioni reciproche tra persone verranno rispettati determinati *standard* e, laddove poi effettivamente subentri un danno, questo sarà da ascrivere o alla fragilità della vittima o al comportamento scorretto di altre persone»²²⁰. Così, concentrando l'attenzione sul più classico dei delitti (l'omicidio), sarà da escludere una nozione di *uccidere* (rilevante per il diritto penale) che poggia su base meramente naturalistica: “uccidere” come atto corporeo sorretto da volontà, secondo i causalisti, o “uccidere” come cagionare dolosamente la morte di un uomo, a parere dei finalisti. La valutazione normativa di *sensu delittuoso* va condotta a priori, a partire dai *doveri* a cui i consociati sono obbligati ad attenersi nello svolgimento delle proprie attività²²¹.

²¹⁹ G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, cit., p. 24 s.

²²⁰ G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, cit., p. 27 s. Sul criterio di competenza, seppur con diverse sfumature di significato, *inter alios*, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; ID., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, pp. 247 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., 635 ss.; ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, cit., 25 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 195 ss.; ID., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2023, 206 ss.; A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 1540 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Discrimen*, 3 settembre 2018; S. DOVERE, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir., I Tematici*, II, Milano, 2021, 597 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Castronuovo, Curi, Tordini Cagli, Torre, Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, 320 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 244 ss. Anche in giurisprudenza per aver adottato una nozione di garante inteso come “gestore del rischio”. Su tutte, Cass., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 febbraio 2013, con scheda di M.L. MINNELLA, *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, nonché, successivamente, Cass. pen., SSUU, 24 aprile 2014, n. 38343, in www.giurisprudenzapenale.com, 18 settembre 2014. Per qualche considerazione critica, F. CONTRI, *Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS*, in *DPEI*, 2024, 2, 48 ss.

²²¹ Cfr. G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, cit., *passim*.

È dunque naturale che il nesso di rischio venga ad assumere la funzione di “nuovo” elemento costitutivo del reato: un elemento rilevante in sede di *Tatbestand*, nell’ambito del giudizio di conformità alla fattispecie legale²²².

«L'imputazione oggettiva (non l'imputazione del dolo o della colpa) di questi fatti riguarda l'esclusione dal tipo, come fatti non propri, di certi rischi, di certi eventi o di certe causazioni: non l'esclusione della colpa-colpevolezza o del dolo-colpevolezza: si tratta magari di una serie di comportamenti “lesivi” ma appartenenti a un'altra classe di offese che il tipo non prevede e che dunque non sono ascrivibili al soggetto. Sono fatti non propri, rischi di terzi, competenze non attribuite o violazioni comunque atipiche, estranee al rischio penale tipizzato. La loro analisi riguarda la “tipicità ex post” del fatto di reato, non il “punto di vista ex ante”»²²³.

10.3. (segue) *La funzione di riequilibrio tra il disvalore di azione e di evento e l'enucleazione del tipo di rischio a partire dal grado dell'offesa*

L'impostazione attualizza, in un contesto rinnovato dal principio di *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, quanto già proposto dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento.

Ciò non di meno, preme sin d'ora segnalare che: (i) il nesso di rischio assicura il riequilibrio tra il disvalore di azione e di evento e (ii) tale *rapporto* ben può essere considerato non solo con riferimento all'evento (naturalistico) del reato, bensì anche al grado di lesione al bene giuridico arrecato dall'illecito. Ciò tornerà utile nel settore in esame: caratterizzato da una profondità della lesione fortemente dipendente dal contesto nel quale il contenuto vietato viene condiviso e, al tempo stesso, dalla possibilità di ritenere integrata la fattispecie tipica a prescindere dal grado di offesa, preventivabile o meno.

(i) Il riequilibrio tra il disvalore di azione e quello di evento.

Il rapporto di coincidenza tra lo specifico rischio illecito attivato o aggravato e quello tradottosi nei risultati lesivi, nella misura in cui assicura la rimproverabilità per fatti

²²² Evidenzia la necessaria autonomia scientifica e l'utilità pratica del concetto di imputazione oggettiva anche A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 793 ss.

²²³ M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1616.

effettivamente propri (prima che colpevoli), riesce a riequilibrare il disvalore di azione e di evento.

Torniamo ai casi ove la forbice *valoriale* tra condotta ed evento risulta ampliata dal progresso tecnologico, quali, ad es., le ipotesi relative ad inquinamenti seriali e progressivi da parte dei soggetti che si sono succeduti alla guida di una impresa, situata in un sito fortemente industrializzato. Anche al ricorrere di un legame causale naturalistico, eventualmente accertato, sarebbe assai complicato sostenere che, in forza di emissioni che si discostino di poco dal limite previsto dalla legge, nonché collocabili in un tempo assai precedente rispetto alla verifica dell'evento finale e quando ancora il sito non era fortemente industrializzato, *quel* particolare garante possa essere ritenuto responsabile del *disastro ambientale*. Sebbene sia accertato che le emissioni effettuate dall'azienda sotto la propria guida siano state superiori a quelle consentite – in caso contrario nessun rischio illecito sarebbe stato attivato – si potrebbe mettere in dubbio che l'assegnazione della responsabilità per il macroevento verificatosi sia effettivamente rispettosa del principio di responsabilità per fatto proprio. In altri termini, benché si possa riuscire ad accertare che l'evento disastroso sia a lui *causalmente* ricollegabile, lo si faticherebbe ad *imputare* proprio a quel soggetto (beninteso: pur in concorso con altri).

Ragionando in termini di “rapporto di rischio”, non vi sarebbe identità tra il rischio attivato o aggravato e quello tradottosi nell'evento disastroso. Nel caso rappresentato, la condotta tenuta dal garante potrebbe al più ricondursi ad un rischio integrante un'ipotesi contravvenzionale, non ad un vero e proprio rischio di *disastro*.

Anche su un piano più strettamente *valoriale*, il disvalore insito nell'azione apparirebbe del tutto incompatibile con l'offesa arrecata dal macroevento lesivo. Il disvalore di azione e quello di evento risulterebbero inconciliabili.

D'altro canto, il principio di colpevolezza verrebbe privato del proprio significato. Il soggetto attivo del reato, tenendo una condotta incolpevole rispetto alla verifica dell'evento disastroso, verrebbe punito per il sol fatto di avervi naturalisticamente dato causa. Logica conseguenza, naturalmente, sarebbe il totale svilimento della funzione rieducativa della pena.

Ciò non deve stupire. Anzi, conferma ancora una volta il necessario rapporto – anche in termini di disvalore – che deve sussistere tra la condotta e l'evento.

Evidenziando la necessità di accertare, per garantire il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio e (successivamente) colpevole, che l'evento lesivo rappresenti la realizzazione dello specifico rischio illecito attivato o aggravato, non di un rischio diverso, si sta sottintendendo il rapporto omogeneità che deve intercorrere tra il disvalore insito nella condotta e l'offesa arrecata dal reato, che dalla prima viene profondamente segnata.

Il discorso si rende ancor più lineare nelle ipotesi di attivazione di rischi ricollegabili a diverse fattispecie, tutte poste a salvaguardia del medesimo bene giuridico (es. i reati di percosse e di lesioni). Il necessario rapporto di identità tra il rischio attivato e quello tradottosi nell'evento lesivo (rispettivamente di percosse o di lesioni) altro non è che il legame connettivo tra il rischio insito in una determinata condotta e un certo grado di lesione ad un medesimo bene giuridico. È proprio il diverso grado di offesa all'integrità fisica che distingue i due illeciti (e che ne giustifica la diversa sanzione).

Ciò implica, naturalmente, che i rischi (di percosse e di lesioni) siano diversi: la punibilità per una delle due fattispecie verrebbe altrimenti lasciata al caso e ne esiterebbero risultati incompatibili con il principio di personalità. Ed è proprio la profondità della lesione arrecata al medesimo bene giuridico a differenziarli.

Breve: il *nesso di rischio* assicura il rapporto di omogeneità tra il disvalore di azione e quello di evento. Quando queste due entità iniziano a dilatarsi, l'accertamento della responsabilità comincia a mostrare i propri attriti con il principio di personalità.

(ii) Il grado dell'offesa quale referente del nesso di rischio.

Il ragionamento non pone dubbi eccessivi, nella misura in cui ricollega il rischio di cui si indaga la concretizzazione nell'evento finale ad una particolare fattispecie di reato²²⁴. Se si intende responsabilizzare un soggetto per *disastro ambientale*, è necessario accertare che questi, con la propria condotta (dolosa o colposa), abbia attivato o aggravato proprio un rischio di *disastro ambientale*, non un rischio diverso. Così come, se si intende assegnare la responsabilità per lesioni, è necessario che sia stato attivato o aggravato il rischio di lesioni, non, ad es., di percosse.

Più difficile, ma solo in apparenza, è riportare il ragionamento ai casi in cui la condotta attivi o aggravi un rischio riconducibile ad una medesima fattispecie

²²⁴ In questi termini pare orientarsi, ad esempio, C.E. PALIERO, *Struttura e funzione della fattispecie penale*, cit., p. 70 s.

(effettivamente integrata), ma, al tempo stesso, presenti un disvalore del tutto incompatibile con l'offesa concretamente arrecata dal reato.

Ciò è ben visibile nelle ipotesi in analisi, in cui non di rado accade che venga attivato un rischio relativo ad un particolare illecito, che tuttavia approfondisce il proprio disvalore in forza di eventi non prevedibili *ex ante* (se non in linea teorica).

Tornando ad esempi già citati: la carica offensiva insita in uno scritto diffamatorio pubblicato su un *social network* visitato da milioni di utenti non risulta nemmeno paragonabile alla lesione provocata dal medesimo scritto pubblicato su un blog visitato da poche persone all'anno. La fattispecie di reato applicabile è la medesima (art. 595, comma 3, c.p.), l'offesa alla reputazione del tutto diversa.

Parallelamente, anche il disvalore delle due azioni non è sovrapponibile: altro è caricare un contenuto diffamatorio su una piattaforma utilizzata da milioni di persone, altro è inserire il medesimo contenuto in un portale riservato a (o comunque consultato da) un numero assai esiguo di consociati.

Ma cosa accadrebbe se uno scritto inizialmente destinato all'attenzione di pochi utenti (perché, ad es., pubblicato su un profilo *social* con pochissime connessioni) venisse diffuso tra milioni di utenti a causa di un evento del tutto imprevedibile (se non in via teorica, ovvero considerando il funzionamento tecnico della piattaforma)?

Già è stata lumeggiata la rilevanza da assegnare al grado *diffusione* del contenuto in rete per l'approfondimento dell'offesa²²⁵.

In questo momento, è necessario evidenziare come, sebbene riconducibili alla medesima fattispecie, i rischi attivati nelle due diverse esemplificazioni prospettate (della pubblicazione su una pagina *social* visitata da diversi utenti oppure su un profilo *social* o su un blog quasi mai consultato) debbano mantenere una propria autonomia.

Una volta compreso che il nesso di rischio – che postula corrispondenza tra il rischio specifico attivato o aggravato e quello concretizzatosi nel risultato lesivo – deve venire inteso anche quale rapporto di omogeneità tra il disvalore di azione e quello di evento, non è difficile comprendere che il parametro di giudizio alla stregua del quale dovrebbe esserne predicata l'identità ben possa essere incarnato dal grado di lesione arrecata al bene giuridico.

Valgano, sul punto, le considerazioni svolte con riferimento alle fattispecie poste a tutela del medesimo interesse (es. percosse e lesioni).

²²⁵ Cfr. *supra*, § 9.

In quella sede, si è osservato, per un verso, come il nesso di rischio assicuri il corretto bilanciamento tra il disvalore di azione e di evento; per altro verso, come la diversità del tipo di rischio venga inevitabilmente ricavata a partire dal grado di offesa all'oggetto di tutela.

Logico il passaggio ulteriore: nelle ipotesi astrattamente riconducibili alla medesima fattispecie incriminatrice, ma, al tempo stesso, connotate da un profilo offensivo del tutto incompatibile, è necessario accertare che vi sia coincidenza tra il tipo di rischio attivato o aggravato e quello tradottosi nell'offesa, così come realizzatasi. In questi casi, il parametro di riferimento non sarebbe più costituito in astratto dal legislatore, ma dovrebbe essere ricavato dall'interprete, alla luce di una nozione di illecito costituzionalmente orientata.

Tale approdo, è evidente, deve valere per tutte le ipotesi per le quali si potrebbe assistere ad una scissione tra il grado di lesione attivato o aumentato dalla condotta e quello effettivamente realizzatosi nel reato, prescindendo dalla sua strutturazione (di mera condotta o di evento).

A tal fine, non sarebbe necessario operare richiamo a quelle teorie che, per garantire il principio di materialità del fatto, ritengono opportuno ricondurre tutte le fattispecie (anche quelle di mera condotta) ai reati di evento²²⁶. La soluzione la si ricava ora dalla valorizzazione, ancora una volta, del principio di responsabilità per fatto proprio (prima che colpevole), ora da quello di uguaglianza.

Quanto al primo profilo, si porrebbe in contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost. *imputare* lesioni assai più gravi rispetto a quelle insite, già in astratto, nello specifico tipo di rischio attivato o aggravato dalla condotta in forza del mero collegamento etiologico con questa. Considerare la diffusione del contenuto illecito nell'ambito dell'offesa arrecata dal reato significa *imputare* siffatta lesione all'azione di colui che lo abbia caricato. E qualora tale condotta si rivelasse solamente l'*occasione* per la concretizzazione di un *tipo di diffusione* del tutto incompatibile con quella insita nel rischio attivato o aggravato, rimproverare l'autore per siffatta circolazione del contenuto significherebbe assegnargli una responsabilità per un fatto *non proprio di lui*.

²²⁶ Il riferimento, in particolare, è a N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 134 ss. La tesi, peraltro, viene criticata da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 247, nt. 50, che evidenzia come «l'eliminazione del 'distinguo' tra reati di azione e di evento [...] lo si paga al prezzo della inclusione della condotta nel concetto di evento».

In merito al secondo aspetto, mette conto evidenziare come la scelta del legislatore di selezionare diverse fattispecie di reato a partire dalla profondità della lesione arrecata ad un medesimo bene giuridico non possa volgersi a danno del cittadino. Naturalmente, quando tutte le fattispecie astrattamente riconducibili alle *content-related offences* sono state introdotte nel nostro ordinamento tali problematiche erano sconosciute. Ora che esse si sono poste all'attenzione dell'interprete, però, i principi costituzionali che governano la materia ne impongono una rilettura.

Breve: considerare due soggetti parimenti responsabili per una analoga offesa, quando l'uno abbia caricato il contenuto illecito in un profilo *social* visitato da pochissimi utenti e l'altro lo abbia caricato su una pagina consultata da milioni di persone, significa non solo assegnare responsabilità penali in violazione del principio di personalità, ma anche violare il principio di uguaglianza.

Per semplicità, sino ad ora le esemplificazioni hanno sempre (o quasi) avuto ad oggetto la diffamazione, in quanto reato di evento. L'evidenziata possibilità di porre come parametro di riferimento per l'accertamento del nesso di rischio anche il grado di lesione del bene giuridico tutelato ha nondimeno messo in mostra come le predette considerazioni possano essere estese a tutte le fattispecie idonee ad essere ricondotte alla categoria dei reati "relativi ai contenuti".

Ciò non di meno, una questione è rimasta ancora aperta. Come dovrà rispondere il soggetto che ha caricato un contenuto illecito *online* risultato oggetto di una diffusione che esulava, al tempo della condotta, da ogni tipo di prevedibilità (se non in astratto)? La risposta sarà approfondita quando verrà valutata la rilevanza del tempo per la consumazione dei reati in rete²²⁷. Per il momento, basti evidenziare che tale soggetto risponderà naturalmente del reato commesso mediante la pubblicazione del contenuto, ma non per la successiva diffusione dello stesso, dovuta a circostanze da lui né controllabili né prevedibili. Con la propria condotta questi ha infatti attivato un rischio del tutto diverso rispetto a quello che si è concretizzato a seguito della diffusione dell'illecito. Imputargli la lesione che si è così realizzata significherebbe assegnargli una responsabilità in violazione del principio di personalità, nella propria doppia gemmazione.

Sono evidenti gli effetti che conseguirebbero a tale impostazione. Una volta giunto a consumazione il reato – si vedrà in seguito ove dovrà essere collocato tale momento –,

²²⁷ Cfr. Cap. IV.

l'ulteriore imprevedibile diffusione potrà al più essere considerata come *post factum* non punibile.

D'altronde, come si avrà modo di vedere, se tale assunto mostra effetti significativi per il privato (ad esempio per l'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione), esso è destinato ad assumere ancora maggior significato per la responsabilità degli *internet service provider* e delle piattaforme digitali.

10.4 La nozione di rischio (*doloso e colposo*) e la sua base di giudizio

Rimane ora da valutare il *contenuto* del concetto di rischio sino ad ora invocato, la sua definizione. Per vero, una corretta analisi della problematica si sarebbe dovuta anticipare all'inizio della presente trattazione, una volta introdotto il concetto di *rischio*, e ciò a prescindere dalla propria liceità o illiceità. Non lo abbiamo fatto, tuttavia, per una ragione ben precisa: perché riteniamo che molte delle dispute che si dipanano a partire dalla valorizzazione del concetto di *rischio* – di cui si darà brevemente conto – abbiano ragion d'essere solo considerando prospettive non omogenee circa la sua definizione.

Il sentore, in particolare, è che tale nozione, benché di frequente richiamata, si presti a valutazioni ora ontologiche, ora normative, ora oggettive, ora soggettive, in dipendenza della reale funzione che gli si voglia assegnare – sempre che gliene si voglia assegnare una – per la risoluzione della problematica che interessa (ora) al penalista: quella della *imputazione*.

Proprio da una diversa lettura del rischio paiono sorgere opinioni che, sebbene giungano a conclusioni assai simili, rifiutano i postulati di fondo da cui esse traggono origine (si pensi alla comparabilità *qualitativa* tra rischio doloso e rischio colposo).

Onde evitare di ricollocare (nuovamente) i mobili nella stanza e cercando, al contempo, di gettare basi quanto più chiare e condivise possibili per comprendere le soluzioni dogmatiche che verranno in rilievo nel prosieguo della trattazione, verrà di seguito posta l'attenzione su alcuni dei diversi significati che il *rischio* assume nell'attuale dibattito penalistico. Così, si cercherà, dapprima, di comprendere la base e il metro di giudizio circa la valutazione del *rischio*, nella sua definizione più confacente alle problematiche che vengono in gioco, e, successivamente, di valutare i tratti propri del rischio *doloso* –

assolutamente prevalente nel settore in esame – e di quello *colposo*, lumeggiandone profili di comunanza e diversità.

10.4.1. *Rappresentabilità e conoscenze superiori nella determinazione del rischio e della sua illiceità*

Il *rischio* non è altro che «una mera correlazione statistica tra una data condotta e una modificazione della realtà»²²⁸, e ciò dice poco o nulla, di per sé solo, sul giudizio di imputazione penale: come visto, necessario per ricollegare una determinata offesa (anche “tecnologica”) alla condotta, quantunque da essa causalmente dipendente.

Come visto, in questa sede, interessa, per un verso, che il rischio attivato o aggravato dall’agente possa definirsi *illecito* e, per altro verso, che sia proprio questo a concretizzarsi nell’offesa, non un rischio diverso.

Ebbene, viene difficile, mantenendo ferma una concezione di rischio basata esclusivamente su una impostazione oggettivo-probabilistica, sbrogliare tali interrogativi.

Quanto al primo profilo (quello della illiceità), è già stato da più parti segnalato come non sia il grado del rischio, rispetto alla verifica dell’evento, a definirne l’inadeguatezza. Ci sono rischi che con buone probabilità portano alla verifica di eventi lesivi, ma che non per questo vengono considerati illeciti dall’ordinamento.

Si pensi ai casi relativi all’esercizio di attività economiche ovvero alla circolazione stradale. Il legislatore è ben consapevole che i rischi che promanano da siffatte attività si tradurranno in offese, ma ne permette la creazione, accettandone, al contempo, gli effetti, per l’utilità sociale che deriva dal loro svolgimento. È un giudizio di «liceizzazione di un’attività a dispetto della sua pericolosità [che] si fonda su un’operazione di bilanciamento generale e astratto, politico ben prima che giudiziale, tra utilità attesa da una classe di condotte ed entità e probabilità di un danno come conseguenza di essa»²²⁹.

Ciò rileva, ai nostri fini, esclusivamente nella prospettiva della responsabilità dell’ISP, a cui viene permesso di esercitare un’attività rischiosa – in quanto fonte di possibili ‘strumentalizzazioni’ – nei confini imposti dall’ordinamento. Diversamente, con riguardo all’attività dell’utente, il giudizio di illiceità rimane insito nella scelta di *criminalizzare* la condivisione di un determinato contenuto.

²²⁸ F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., p. 1103.

²²⁹ F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., p. 1109.

Anche il secondo profilo del giudizio (quello della concretizzazione) appare assai difficile da sbrogliare in questi termini. Se è vero che la valutazione circa la corrispondenza tra il rischio illecito attivato o aggravato viene effettuata *ex post*, una volta che si sia verificato l'evento lesivo, risulterebbe proprio la manifestazione di quest'ultimo a dimostrarne la realizzazione²³⁰. Per esemplificare: sarebbe l'ampia diffusione di un contenuto illecito, sebbene causata dall'improvvisa notorietà dell'utente, la prova della coerenza tra il rischio attivato e quello concretizzatosi.

In ordine: si è detto che non tutti i rischi, pur se illeciti, possono comportare l'imputazione dell'evento (o dell'offesa) al soggetto che abbia tenuto una condotta segnata da un particolare disvalore. E si è detto che ciò vale anche quando la condotta, tramutandosi in un elemento etiologico rilevante in ottica causale, abbia naturalisticamente cagionato l'evento lesivo. La conclusione a cui siamo giunti, analizzando l'illecito penale alla luce del principio costituzionale di personalità, è che l'offesa, per essere imputata al soggetto agente, deve rappresentare la concretizzazione del rischio specifico da egli attivato o aggravato.

Ma non è forse vero che, caratterizzandosi il rischio come *entità di relazione*, cioè come rapporto probabilistico tra un determinato fattore (di rischio, appunto) e la verifica di una determinata conseguenza (l'evento o l'offesa), quel rapporto di identità tra rischio attivato o aggravato e quello realizzatosi nel risultato dannoso dovrebbe ritenersi *in re ipsa*? In altri termini: la realizzazione dell'evento, una volta accertato il rapporto causale con un proprio antecedente (il fattore di rischio), non dimostra proprio l'identità tra il rischio attivato o aggravato e quello materializzatosi dell'offesa? Ancora: l'imprevedibile esplosione mediatica attorno alla pubblicazione di un contenuto illecito non fornisce la prova che quel rischio era stato attivato dal soggetto attivo mediante il caricamento?

La risposta, probabilmente, è sì, se intendiamo il rischio in termini meramente oggettivo-probabilistici²³¹.

I risultati che dipenderebbero da siffatta impostazione difficilmente potrebbero però conciliarsi con i presupposti da cui siamo partiti: il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio in un ordinamento contrassegnato dalla vigenza del *nullum crimen, nulla*

²³⁰ Questa ci pare, in sostanza, l'obiezione mossa da A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2012, pp. 21 ss., alle teorie dell'imputazione (iper)oggettiva dell'evento.

²³¹ In proposito, si richiamano nuovamente le critiche svolte da A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte, cit., pp. 21 ss.

poena sine culpa. In sostanza, una volta appurata l'illiceità del rischio di base, seppur con tutte le difficoltà del caso, la verifica dell'evento lesivo giustificerebbe la sua imputazione al soggetto che lo abbia naturalisticamente cagionato; e ciò quand'anche le relative probabilità di determinarlo fossero assai modeste e non conosciute *ex ante*. Nel reato doloso, l'accertamento della volontà colmerebbe ogni incertezza; in ambito colposo, la punibilità dovrebbe essere assoggettata alla malleabile prova della *ratio* della regola cautelare violata, gravemente pregiudicata dall'incombere della logica dell'*ex post*. L'accertamento della responsabilità penale risentirebbe di logiche (incostituzionali) fondate sul mero *versari in re illicita*. A nulla rileverebbe l'intervento (quand'anche imponente) di circostanze che, in uno con il rischio attivato dall'agente, valgano a determinare l'evento lesivo. Avendo attivato il rischio illecito, il soggetto attivo verrebbe rimproverato di tutto ciò che naturalisticamente ne consegue.

Benché in diverso ambito, è d'obbligo un rapido richiamo all'esempio della morte per incendio dell'ospedale. In via teorica, non può escludersi che il ferimento di un soggetto comporti il rischio – anche se lievissimo – di morte per incendio dell'ospedale; e la sua eventuale (benché solo astratta) conoscibilità potrebbe derivare dalla sussistenza di qualche precedente e dalla sua costante rinnovazione nella letteratura penalistica. D'altro canto, secondo il ragionamento sin qui seguito, sarebbe proprio l'evento incendiario a dimostrare la sussistenza di una correlazione statistica tra il ferimento e l'evento morte (beninteso, derivante da incendio). La verifica dell'effetto lesivo testimonierebbe la realizzazione della probabilità, assai esigua, di morte (per incendio dell'ospedale) derivante da lesione (non letale).

Ancora, stando *all'infortunistica* (in senso ampio), si pensi ad un sinistro stradale colposo che determina la lesione di un arto. È noto che l'evento potrebbe esporre la vittima, nel prosieguo della sua vita, a rischi maggiori per la propria incolumità. Si immagini che, non ancora ben abituato a convivere con il proprio *handicap*, a distanza di breve tempo dall'incidente la vittima incorra in un ulteriore sinistro (ad esempio domestico), che sarebbe stato senz'altro evitato qualora il proprio arto fosse rimasto intatto.

Nei casi rappresentati, è indubbio sia che una correlazione di natura statistica tra i due eventi lesivi possa sempre rinvenirsi (almeno *ex post*), sia che la condotta di base abbia attivato un rischio illecito: ma davvero potremmo ritenere responsabile il soggetto attivo del (primo) reato per l'evento più grave? L'imputazione dei secondi incidenti alle prime azioni, benché causalmente connessi alle stesse, potrebbe dirsi coerente con il principio di personalità?

L'esigenza di riconnettere l'assegnazione della responsabilità penale ad un principio di personalità 'ottimizzato' obbliga ad ammettere che il *rischio* di cui si sta discorrendo non può essere inteso in termini meramente oggettivo-probabilistici. Anch'esso, come la

condotta (da cui infondo dipende), deve rispondere a logiche di *imputazione* proprie di un diritto penale *costituzionalmente orientato* e deve perciò dirsi soggettivamente connotato²³². «L'obiezione per cui ogni fattore o condizione che si riveli *ex post* causale costituisce necessariamente *ex ante* un fattore di rischio non è di alcuna utilità e dimostra soltanto che fattori di rischio e fattori di danno sono identici e dipendono dalla diversa prospettiva temporale di osservazione»²³³.

Il primo corollario di tale assunto è che il concetto di rischio che dobbiamo tenere in considerazione, e che consente di imputare un determinato fatto ad un soggetto, deve essere elaborato in prospettiva *ex ante*²³⁴. Deve dunque essere distinto il concetto di *causa* da quello di *rischio*: la prima segna la rilevanza, *ex post*, di un determinato elemento in funzione della verifica dell'evento finale, benché non conosciuto o conoscibile da nessuno (nemmeno da un *agente modello*, collocato nella stessa prospettiva dell'agente); il secondo considera esclusivamente le condizioni conosciute o potenzialmente conoscibili in una logica *ex ante*²³⁵. Breve: i *rischi* sono quei fattori potenzialmente rilevanti sul piano causale di cui si ha o si può avere conoscenza a monte dell'evento.

Si può allora affermare che la nozione di rischio stia in rapporto di genere a specie con il concetto di causa. Una volta realizzatosi l'evento lesivo, potranno essere considerati solo i *rischi*, effettivamente tramutatisi in cause, conosciuti o conoscibili in ottica *retrospettiva*. È in questo senso che le teoriche dell'imputazione oggettiva dell'evento (o le teorie sul nesso di rischio) hanno funzione ulteriormente selettiva rispetto alla *condicio sine qua non*.

²³² Parrebbe ragionare, pur implicitamente, in questi termini G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 472, quando, nella valutazione dell'imputazione (colposa) dell'evento, rileva che «occorre chiedersi non che cosa poteva, ma che cosa doveva fare l'agente per evitare l'evento e, più precisamente, in sede di verifica della "realizzazione del rischio", che cosa *doveva* rappresentarsi l'agente per far fronte al suo *dovere* di evitare l'evento o, [...] nelle ipotesi di "rischio consentito" in senso stretto, di ridurre la probabilità di verifica entro limiti socialmente accettabili».

²³³ K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 39, la quale prosegue rilevando come in prospettiva *ex post* non esistano fattori causali non adeguati, perché tutti si sono rivelati determinanti per la verifica dell'evento.

²³⁴ Cfr. K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., pp. 39, 162 ss., anche per gli ampi rimandi alla letteratura d'oltralpe.

²³⁵ K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 38 ss. Già G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 476, evidenziava come «nella sfera del rischio, la sostituzione del "pericolo modello" può dare risposta alla questione del *Risikozusammenhang* solo se confortata dalla previa consapevolezza dei giudizi probabilistici rispettivamente alla base della causazione dell'evento dannoso e della attitudine della condotta a far fronte al relativo rischio».

Compreso che la valutazione del rischio deve essere effettuata *ex ante*, rimane da capire se questa debba essere calata sulla base delle specifiche conoscenze del soggetto agente o su quelle di un agente modello, a cui potrebbero aggiungersi le eventuali conoscenze superiori del primo, e, successivamente, se la valorizzazione di queste ultime possa operare anche con riguardo all'individuazione della soglia di *illiceità* del rischio.

i) Quanto al primo quesito, si ritiene opportuno, ricordando che ci stiamo occupando di questioni di *tipicità*, ricorrere ad un parametro di giudizio quanto più standardizzato possibile. Solo in questo modo si potrebbe costruire un precetto che permetta ai consociati di conformare ad esso le proprie condotte. In quest'ottica, a rilevare sarebbero solamente i rischi conoscibili da un *homo eiusdem condicionis et professionis* posto nelle medesime condizioni dell'agente: da un agente modello (standardizzato, ma differenziato), appunto, a cui dovrebbero aggiungersi le eventuali conoscenze superiori dell'agente²³⁶.

²³⁶ Cfr. K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., pp. 54 ss., riportandosi al diritto come strumento regolativo. L'A., tuttavia, specifica successivamente (a p. 230) che il «il concetto di “agente modello” dovrebbe indicare non tanto un agente ideale ed astratto, ma più precisamente l'*alter ego* dell'agente concreto motivato ad evitare la verifica di un evento lesivo e, *in questo senso*, “diligente” (il c.d. “*rechtstreuer Täter*” o agente “fedele al diritto”), consentendo di determinare la condotta alternativa doverosa in base alle *proprie* individuali conoscenze e capacità». La questione specifica esula dall'oggetto del presente lavoro. Basti tuttavia evidenziare che, se non si dubita che il criterio della riconoscibilità del rischio, dal punto di vista dell'agente modello collocato nella medesima prospettiva dell'agente in carne ed ossa, debba rientrare nella *definizione* del rischio (attenzioni sul punto vengono riservate, nella dottrina anglosassone, anche da F. STARK, *In praise of Rose*, in *Archibold review*, 2019, 8, pp. 7 ss.), individuare la condotta alternativa lecita a partire dalle sue personali capacità potrebbe avere quale conseguenza quella, da un lato, di limitare la c.d. “colpa per assunzione” (nella materia del diritto penale del lavoro, pur riferendosi allo stesso datore di lavoro, per tutti, N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Jovene, Napoli, 2012, *passim*) o, dall'altro lato, di negare la standardizzazione del giudizio (per una catalogazione delle diverse conformazioni della colpa in ambito lavorativo, ma facilmente adattabile ad ulteriori e diversi settori di ricerca, D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2016, 3, pp. 216 ss.). Attenta dottrina ha da tempo avuto modo di evidenziare che la concreta possibilità di conformarsi alla condotta doverosa – individuata, quest'ultima, sul piano della tipicità colposa a partire dal parametro dell'agente modello – dovrebbe essere valutata in sede di *colpevolezza colposa* (attraverso il test di esigibilità): così, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 462 ss.; ID., voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 226 ss.; lumeggiando i più recenti, e pregevoli, orientamenti della giurisprudenza di legittimità volti a valorizzare i profili soggettivi della colpa, ID., *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg. pen.*, 7 febbraio 2025, *passim*, in part. pp. 26 ss. e, da ultimo, in commento alla pronuncia sul disastro di Rigopiano, ID., *Gestione “organizzata” del rischio di calamità. Colpa “distale” e “prossimale” alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *Arch. pen.*, 15 settembre 2025, pp. 29 ss. Altro, insomma, è sostenere che nel giudizio di individuazione del rischio (specifico) debba essere considerata la prospettiva dell'agente, altro è sostenere, successivamente, che la regola cautelare debba essere individualizzata al punto di considerare le *concrete e peculiari caratteristiche (anche quelle non standardizzabili) del soggetto agente*; le quali potranno e dovranno essere valutate, eventualmente, in sede di *colpevolezza*, ovvero nel giudizio di *personalizzazione* dell'illecito. In tal guisa, potrebbe tornare utile la distinzione tra *Sollen* e *Können*, già richiamata da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 448: «il “dovere”, inteso come pretesa standardizzata (alla quale si aggiungono, come detto, le speciali conoscenze), opera sul piano dell'illecito. Il “potere”, corrispondente a una pretesa individualizzata, ritagliata sulle capacità del soggetto, opera, invece, sul piano

Ciò, naturalmente, non può esser tacciato di introdurre elementi *lato sensu soggettivi* in giudizi che devono ritenersi *oggettivi*. L'incertezza sorge da una sovente confusione circa la definizione del soggettivo e dell'oggettivo che dovrebbe essere sciolta. L'oggettivo non attiene soltanto a ciò che è esterno al soggetto, bensì anche a quanto è *universale*, cioè indipendente dalle valutazioni dell'agente e dalle sue motivazioni, che attengono, invece, al *soggettivo*²³⁷.

La soluzione, d'altronde, è obbligata se non si vuole ricadere in una concezione di rischio meramente oggettivo-probabilistica, che nulla ha a che vedere con un'*imputazione del fatto (di reato) compatibile con il 'rivisitato' principio di personalità*. Così ragionando, il disvalore di azione verrebbe ridotto ad un mero *quantum* probabilistico, suscettibile di invertire i rapporti di reale "colpevolezza" dell'agente: l'attivazione di un rischio assai più grave, ma non riconoscibile *ex ante*, potrebbe portare ad un giudizio (oggettivo) di riprovevolezza del fatto assai più marcato (salvo poi probabilmente escludere la responsabilità sul piano soggettivo) rispetto all'attivazione di un rischio connotato da minori probabilità di concretizzazione nell'evento lesivo, ma ben visibile agli occhi dell'agente.

ii) Non vi è dubbio, tuttavia, che anche il giudizio sulla liceità del rischio debba ritenersi fortemente inciso dalle conoscenze superiori del soggetto attivo²³⁸.

Il ragionamento conduce, secondo parte della dottrina, a «due distinti giudizi riguardo al rischio, [...] ovvero un parametro *il più possibile oggettivo* per l'accertamento della soglia di rilevanza del rischio (dato che la condotta dolosa o colposa dell'agente deve necessariamente attivare un rischio che fuoriesca dall'ambito

della colpevolezza: soltanto su questo piano rileva la presenza o meno di un *individuelles Anderhandelskönnen*, un potere individuale di agire altrimenti, valutato anche sulla base delle minori capacità del soggetto».

²³⁷ Così, K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., pp. 49 ss., 222 ss., cui si rimanda anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Di diversa opinione pare invece A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 799, che riconduce il binomio subiettivo-obiettivo alla distinzione tra elementi che riguardano ora la psiche del soggetto, ora il mondo esterno. Anche le critiche di A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte, cit., p. 24, parrebbero poggiare su tale ultima impostazione. Così, infatti, quest'ultimo A.: «invero, sarebbe a dir poco contraddittorio fondare un'imputazione *oggettiva* su parametri *soggettivi* o comunque *mutevoli*, incentrati su quanto "prevedibile", "evitabile" ed "esigibile" dal singolo o dall'*homo eiusdem condicionis ac professionis* (eventualmente in considerazione delle sue competenze istituzionali)». In commento alla distinzione tra *Tatbestand* oggettivo e soggettivo sulla base di elementi esteriori o interiori, già G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp. 113 ss.

²³⁸ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 333 s.; L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 309, nt. 182, p. 321; K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., pp. 43, 64 ss. In questo senso pare essere diretto pure F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 327, 335 s., ragionando in termini di *fallibilità* della regola cautelare, da cui l'A. ricava l'ambito di liceità del rischio.

del socialmente adeguato e dell'*allgemeines Lebensrisiko*) e *non esclusivamente oggettivo* per il giudizio riguardo alla natura illecita, non consentita del rischio (posto che le specifiche conoscenze dell'agente possono incidere sul giudizio relativo alla tollerabilità o meno del rischio)»²³⁹.

Quanto sinora osservato consente di confermare gli approdi raggiunti sul tema di interesse.

Anche nell'esegesi dei reati commessi nel *cyberspace*, è necessario tenere in considerazione, nella base di giudizio sulla definizione di rischio illecito e, conseguentemente, sulla valutazione della sua corrispondenza rispetto a quello che si è realizzato nell'offesa, una riconoscibilità del rischio effettuata al metro di un agente modello, a cui eventualmente vengono aggiunte le conoscenze superiori del soggetto agente. Così, l'utente che carica un contenuto illecito sul proprio profilo *social* visitato da pochi consociati al giorno non potrà essere successivamente rimproverato per l'approfondimento della lesione che è derivata dalla propria improvvisa notorietà. E ciò, beninteso, anche qualora i presupposti per l'incremento dell'offesa si fossero già realizzati, ma fossero a lui ancora sconosciuti (anche in astratto). Richiamando l'esempio dell'improvvisa popolarità dovuta alla nomina d'ufficio in un procedimento penale "mediatico", si deve ammettere che anche qualora il *post* fosse stato caricato dopo la relativa nomina, ma prima della possibilità di avervi conoscenza, il rischio illecito attivato dal soggetto dovrebbe ritenersi diverso rispetto a quello concretizzatosi a seguito dell'ampia diffusione del contenuto.

A diverse conclusioni si dovrebbe giungere nell'ipotesi in cui egli ne avesse ottenuto conoscenza in via informale (ad es. in forza di un favoritismo nell'attribuzione dell'incarico difensivo). In questo caso, la mancata valorizzazione delle conoscenze superiori apparirebbe una concessione ingiustificata rispetto alla tutela dei beni giudici offesi: dovrebbe dunque essere predicata l'identità del rischio illecito attivato o aggravato e quello tradottosi del risultato lesivo (così come risultante dalla diffusione del contenuto).

10.4.2. *Rischio doloso e rischio colposo*

²³⁹ K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 43.

Il rischio doloso è solo *quantitativamente* diverso dal rischio colposo, di gran lunga dominante nelle *content-related offences*?

La risposta, ancora una volta è *dipende*. Segnatamente, dipende dalla nozione di rischio e dalla prospettiva con cui vogliamo valutarlo nell'analisi del reato.

Anche tra coloro che segnalano la necessità di incardinare la questione sul terreno della tipicità le opinioni divergono. Due ci paiono, in estrema sintesi, le tesi sul campo.

i) La prima individua una base di rischio comune per i reati dolosi e per i reati colposi.

Si evidenzia, in particolare, che non può esservi alcun rischio doloso illecito se la soglia di rischio si attesta sotto la base inferiore del rischio illecito colposo. Come detto, vi sono attività assai *rischiose*, ma il cui svolgimento viene consentito dall'ordinamento, sebbene con determinate modalità che consentono di ridurlo (mai di azzerarlo, altrimenti non vi sarebbe più spazio per il rischio *lecito*). Così, o il soggetto, con la propria condotta, esce dai binari consentiti dall'ordinamento (e di qui la necessaria responsabilità, al verificarsi della concretizzazione di quel rischio nei risultati lesivi), o non potrà essere punito; e ciò a prescindere dal fatto che intimamente voglia o meno l'evento. C'è una misura di rischio consentito al di sotto della quale l'ordinamento non considera i comportamenti meritevoli di sanzione penale: meglio, accetta la quota di eventi che si verificheranno. In tal guisa, è naturale che la linea di demarcazione tra il rischio lecito e illecito venga segnata dalla soglia di rischio *colposo*, che dunque contiene anche quello doloso (più grave). Una condotta dolosa, che tuttavia rimanga al di sotto della soglia di rischio (colposo) rilevante, non attiva alcun rischio illecito, né colposo, né, tantomeno, doloso.

Le conclusioni mutano solamente qualora il soggetto, con la propria condotta dolosa, rompa gli argini di liceità del rischio, ovvero conformi il proprio agire in modo incongruente con le modalità di esercizio dell'attività consentite dall'ordinamento²⁴⁰.

²⁴⁰ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 307 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 95 (salvo quanto si dirà a breve: nt. 246). Chiaro, in proposito, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 309 s., che segnala come «nella tipicità dolosa, se da un lato la violazione di una diligenza è "mascherata" dalla volontà dell'evento, dall'altro solitamente si richiede l'attivazione di rischi maggiori rispetto a quelli che sarebbero rilevanti per l'omologa fattispecie colposa, con maggiori *chances* di successo, che giustificano lo squilibrio sanzionatorio tra le due ipotesi (in questo senso, di può dire che il dolo presuppone – spesso senza accontentarsene – un rischio che sarebbe rilevante anche per l'eventuale ipotesi colposa)». Benché in termini non totalmente sovrapponibili, individua un substrato di rischio comune che precede la distinzione tra dolo e colpa, anche A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 779 ss. Segnala la maggior probabilità di addivenire a lesione nei reati dolosi rispetto a quelli colposi anche C.E. PALIERO, *Struttura e funzione della fattispecie penale*, cit., p. 69 s.

«Esiste ormai una quantità enorme di attività disciplinate dalla legge, sulle quali si possono innestare comportamenti sia dolosi che colposi. Se però si tratta di attività autorizzate e regolate, chi rimane *sotto la soglia di rischi leciti* può rappresentarsi e volere o non volere certi risultati lesivi, ma – entro quella soglia – è libero di agire: quel rischio non diventa proibito perché uno ci pensa oppure no, lo progetti o meno, salvo che non orienti ad arte la condotta verso un evento lesivo, modificando però le basi della liceità del rischio. [...] Se prescindiamo dalle conoscenze superiori, che riguardano situazioni eccezionali, nelle attività disciplinate dalla legge chi si muove entro le regole non deve aspettarsi che qualcuno vada a sindacare la moralità del suo agire, per trovare nel “soggettivo” qualcosa di criminale. Per questo *il dolo non c'è se non si supera la misura del rischio sufficiente per una colpa oggettiva, cioè un rischio oggettivo*. Il “rischio doloso” (che è il rischio espressivo della condotta dolosa, ma non è una forma di *dolus in re ipsa*, dove la prova del rischio dimostri già il dolo) può risultare molto diverso, ma non può essere inferiore a quello sufficiente per la colpa almeno del miglior agente-modello»²⁴¹.

ii) Altra parte di dottrina nega – probabilmente a ragione – siffatto approccio, valorizzando la diversa conformazione che il rischio doloso assume rispetto a quello colposo.

In quest'ottica, si osserva che il rischio doloso, qualora non rimanga meramente confinato alle più intime intenzioni dell'agente, imprime al fatto tipico connotati del tutto diversi da quelli propri del fatto doloso. E tale circostanza impedisce di considerare *lecite* condotte finalisticamente orientate verso la realizzazione dell'offesa. Un rischio discendente da una condotta di tal fatta non sarebbe neppure incanalabile nei margini di rischio consentito, che viene individuato al fine di consentire l'esercizio di attività rischiose, ma utili per la collettività (tra le quali si annovera senza dubbio quella dei *providers*).

Se la soglia di liceità del rischio deve essere ricavata raffrontando le modalità di condotta con le regole cautelari invocabili nel caso concreto, sarebbe irragionevole assumere che queste riescano a delimitare l'area di liceità anche del rischio doloso (del tutto diverso).

Vengono così identificati due casi ove il rischio non può essere ritenuto *lecito*: a) quello in cui, attraverso condotte attive, venga superata la soglia di liceità prevista

²⁴¹ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 95. In termini analoghi, già in ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 307 ss.

dall'ordinamento per una data attività; b) quello nel quale l'agente possieda conoscenze ulteriori che implicino il fallimento della regola cautelare²⁴².

«Nell'ambito doloso, le regole di prudenza sono del tutto irrilevanti, perché non sono, salvo eccezioni, pensate per contenere condotte scientemente organizzate per produrre un'offesa. [...] L'interazione tra rischio e volontà dell'azione non deve essere intesa come una semplice *giustapposizione*, ma come una "reazione" che genera un risultato *strutturalmente* diverso da quello che si constata in presenza di un atteggiamento di semplice imprudenza, proprio perché il fatto doloso e quello colposo sono diversi già sul piano oggettivo. [...] Il dominio della situazione e la direzionalità lesiva della speculazione dell'agente impongono all'ordinamento di evitare anche un rischio oggettivamente contenuto, poiché quest'ultimo, proprio per effetto della volontà lesiva, può agevolmente tradursi in danno. [...] *Il rischio consentito doloso* configura, in fondo, un ossimoro giuridico»²⁴³.

Come anticipavamo in apertura, le due teorie paiono assumere, rispetto ad un medesimo fenomeno, due punti di vista parzialmente differenti. D'altra parte, la conclusione, nella sostanza, è assai simile: o la condotta dolosa determina l'inverarsi di un rischio del tutto incompatibile con quello colposo, oppure è lecita²⁴⁴. Poco importa se la dolosità del fatto implichi *in re ipsa* una conformazione che, dirigendosi verso l'offesa, automaticamente escluda il proprio atteggiarsi in termini *sottodimensionati* rispetto alla condotta *colposa*, ovvero se sia concepibile una condotta dolosa di tal fatta. Ciò che importa, salvo il caso del prevedibile fallimento della regola cautelare, è che o la condotta assume

²⁴² F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 333 ss. Invero, il carattere distintivo tra rischio colposo e rischio doloso era già stato evidenziato da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 98 ss., il quale osservava come «il dolo e la colpa, per sorgere come istituti penalistici e non come categorie dell'etica, devono presupporre una dimensione oggettiva di pericolo, ma appare errato richiedere che tale substrato obiettivo di rischio sia *necessariamente* uniforme». Ancora diversa è l'opinione di A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, cit., p. 1102 s., che pare concentrarsi sull'*intenzionalità* del comportamento per ridurre l'area di rischio consentito. Operando un richiamo alle teorie welzeliane, volte a negare l'inscindibilità del binomio tipicità-colpevolezza, questi conclude rilevando che «una condotta qualificabile come irrilevante in relazione a fatti colposi può diventare [...] giuridicamente apprezzabile se sostenuta da un'intenzionalità lesiva» (p. 1102). In questi termini, il rischio doloso parrebbe differenziarsi da quello colposo esclusivamente sul piano della *intenzionalità*; e ciò benché si ammetta che il dolo e la colpa incidano sul fatto. D'altra parte, la soluzione parrebbe coerente con la concezione di azione colposa, intesa come processo causale non diretto ad uno scopo, ma evitabile attraverso l'impiego di finalità potenziale, proposta dallo stesso Welzel (v. H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, cit., p. 17).

²⁴³ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 334 ss.

²⁴⁴ Una considerazione simile viene espressa anche da K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 221, ove si sottolinea che «ciò che rende la condotta oggettivamente più pericolosa non è, in senso stretto, la volontà, ma il modo in cui la condotta viene realizzata». Nella disputa richiamata, l'A. pare assumere una posizione intermedia. Di segno totalmente opposto è invece l'opinione di A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, cit., p. 1102 s.

delle modalità di estrinsecazione tali da renderla inconciliabile con le forme consentite dall'ordinamento, oppure quella condotta deve considerarsi lecita, a prescindere dalle volontà o dai desideri dell'agente.

Benché fondate su presupposti parzialmente differenti, paiono nella sostanza giungere ai medesimi risultati anche le tesi sostenute dalla dottrina anglosassone che prediligono un approccio marcatamente soggettivista. Per quanto venga espressamente rifiutata qualsivoglia valorizzazione del criterio della prevedibilità in ambito doloso, riprendendo il detto secondo cui “*intended consequences are never too remote*”, si esclude che una volontà “astratta” di cagionare un evento, non materializzatasi in una azione pericolosa (per quanto vincolata a coefficienti probabilistici estremamente bassi), possa implicare una responsabilizzazione penale. Così, con riguardo all'esempio dello zio ricco invitato a compiere un viaggio in crociera, successivamente naufragata, si evidenzia che «*these are no counter-examples because one cannot realistically see D's recommendation of a holiday in this case as part of a project D engages in to bring about the uncle's death*»²⁴⁵.

Provando a gettare lo sguardo oltre la siepe, a noi pare che il divario tra le tesi richiamate possa essere ridimensionato valorizzando una diversa prospettiva di valutazione del *rischio*.

La prima potrebbe guardare al rischio in termini maggiormente vicini a quelli che sopra abbiamo definito *oggettivo-probabilistici*, la seconda, condivisibilmente, lo *soggettivizzerebbe* (in senso lato), tratteggiandone i contorni a partire dalla conformazione della condotta.

Nella prima visione, è inevitabile che una condotta dolosa, proprio in quanto *soggettivamente orientata* verso una lesione ad un bene giuridico, aumenti la probabilità di cagionare il danno. In altri termini, a differenza di una condotta colposa, ove per definizione manca l'elemento volontaristico e per la quale il rischio di addivenire ad un danno risulta tutto sommato contenuto (soprattutto se non si discosti di molto dalla regola cautelare), la condotta dolosa aumenta esponenzialmente il rischio (probabilistico) di lesione, poiché proprio a ciò è diretta.

Nella seconda prospettiva, la definizione del rischio appare inficiata da elementi ulteriori rispetto a quelli probabilistici, quali la modalità di azione, le conoscenze superiori del soggetto agente – che, come detto, incidono sulla definizione della liceità del rischio –

²⁴⁵ Così, A. DU BOIS-PEDAIN, *Novus actus and beyond: attributing causal responsibility in the criminal courts*, in *Cambridge Law Journal*, September 2021, p. 879.

e, potremmo aggiungere, la riconoscibilità del rischio. Tutti connotati *lato sensu* soggettivi, che, per un verso, distinguono intrinsecamente il rischio doloso da quello colposo, rendendoli irriducibili ad un rapporto di genere a specie, e, per altro verso, depongono per una negazione dell'ipotizzabile carattere "consentito" del rischio doloso.

In ogni caso, lo si è visto, le soluzioni sono assai simili: basta intendersi.

La prima posizione viene da alcuni però ulteriormente specificata. Il rischio in considerazione sarebbe una entità fondata esclusivamente sulla *rappresentabilità*, non sulla volontà. In quest'ottica, potrebbe predicarsi un rischio di base, comune all'agire doloso e colposo, che segna, a monte, il confine della liceità²⁴⁶. Da un punto di vista concreto, tuttavia, parrebbe difficile potersi rappresentare un rischio di per sé inteso, senza correlarlo ad una possibile condotta e, di conseguenza, ad un evento lesivo²⁴⁷. Al più, in questo senso, potrebbe essere oggetto di rappresentazione la rischiosità di una *attività* (es. quella di fornitura del servizio di accesso, memorizzazione di media o lunga durata di dati), ma si faticerebbe ad individuare il limite di liceità della stessa, che postula, per definizione, una particolare *modalità* del suo esercizio. In altri termini, l'agente potrebbe rappresentarsi che, omettendo di predisporre determinate cautele per ridurre la commissione o la diffusione di reati in rete potrebbe cagionare o approfondire un danno ai beni giudici tutelati dalle relative fattispecie, a nulla rilevando la volontà di provocarlo. La rappresentabilità del rischio ha ragion d'essere solamente se raffrontata ad una particolare condotta (o regola cautelare), non in astratto, e, quando ciò avviene, risulta proprio la condotta (benché solo immaginata) a imprimere significato al rischio, altresì per valutarne la liceità. Se però è già il fatto tipico (quindi anche la condotta) a caratterizzarsi per la propria dolosità o colposità, un giudizio di rischio fondato sulla sola rappresentabilità potrebbe apparire, salvo eccezioni²⁴⁸, una astrazione difficilmente giustificabile.

²⁴⁶ Parrebbe questa l'opzione sostenuta in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 307 ss., successivamente ripresa anche da K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 222 ss.

²⁴⁷ Per questo, K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., p. 222, fa riferimento ad una sorta di rischio di ciò che in astratto è possibile, comune ai rischi dolosi e colposi, che ben potrebbero però mantenere spazi di autonomia. Solo una volta individuata secondo un criterio probabilistico-statistico la presenza di un rischio, secondo l'A. sarebbe possibile procedere ad ulteriori valutazioni circa la sua liceità. A ben vedere, però, così intesa, la soglia minima di rischio condivisa da dolo e colpa ci pare che non faccia altro che replicare la nozione di rischio, che, per sua definizione, è un concetto di *relazione*, postulante la possibilità di pervenire ad un danno. Se non vi fosse questa "base comune", in altri termini, non vi sarebbe rischio, a prescindere da una condotta dolosa o colposa.

²⁴⁸ Queste potrebbero essere rinvenute nei casi di confine tra dolo e colpa, ove solo l'elemento volontaristico potrebbe distinguere una condotta identica dal punto di vista oggettivo. Si pensi, con riguardo a settori ove siffatte problematiche sono state maggiormente approfondite, a sversamenti inquinanti o ad emissioni di sostanze tossiche oltre soglia dovute ad una cattiva manutenzione di un misuratore di emissione. Nulla vieterebbe, in questi casi, che, pur a fronte di un fatto-base tendenzialmente colposo, il soggetto abbia invece agito (almeno) con dolo eventuale. In altri termini, nei casi di inquinamenti storico-progressivi o malattie professionali a lunga latenza, il garante, in dubbio rispetto alla liceità o illiceità delle proprie emissioni, potrebbe essersi rappresentato la futura realizzazione degli eventi, ma ben potrebbe aver ugualmente deciso di proseguire l'attività confidando nel loro verificarsi in un momento in cui la sua carica fosse già cessata, in guisa tale da ritenere più ardua la loro riconducibilità alla sua persona. In tal caso, difficile sarebbe asserire che quest'ultimo non li avesse "accettati". Il riferimento, evidentemente, è alla definizione di dolo eventuale fatta

Ciò fermo, mette conto evidenziare la necessità di non confondere il concetto di *rischio* (sia esso doloso o colposo) con il *fatto* (doloso o colposo). Benché, per certo, per individuare un rischio, lecito o illecito, sia necessario riferirsi ad una condotta, quest'ultima deve essere mantenuta distinta dalla nozione di rischio.

La condotta è una entità autonoma, benché soggettivamente connotata; il rischio è un'entità di relazione, che postula un confronto tra due modificazioni della realtà. Così, in ipotesi, se si ritiene che oggetto del dolo debba essere il *rischio*, non si sta predicando che oggetto della volontà debba essere la condotta, bensì il rapporto che la lega alla realizzazione di un'offesa.

11. Premesse in sintesi

Il presente Capitolo ha permesso di gettare i presupposti politico-criminali e tecnico-giuridici per la successiva analisi della responsabilità dei *providers*, da condurre alla luce della normativa passata, vigente e – auspicabilmente – futura.

Nella prima Sezione è stata sintetizzata la nascita e l'evoluzione del diritto penale dell'informatica, nettamente distinguibile tra un “prima” e un “dopo” l'avvento di *Internet*. Si è osservato come proprio tale nuova infrastruttura comunicativa, alla quale – a causa della propria peculiare conformazione – non si è affiancata una regolamentazione specifica per i fornitori di servizi *Internet* e *in Internet*, abbia comportato la nascita di soggetti, del tutto privi di legittimazione popolare, in grado di incidere sui diritti fondamentali degli utenti²⁴⁹.

D'altro canto, dopo aver definito qualche concetto utile al prosieguo dell'indagine – tra cui quello di *reato informatico* (*in senso stretto e in senso lato*), di *reato cibernetico* (*in senso stretto e in senso lato*) e di *reato connesso all'utilizzo dell'IA (AI crimes)*²⁵⁰ –, il “mezzo” informatico è stato analizzato secondo una duplice prospettiva. Per un verso, è

propria dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp (Cass. pen., SSUU, 24 aprile 2014 n. 38343). In commento alla pronuncia, relativamente al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, per tutti, K. SUMMERER, *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 177 ss. Sulla problematica individuazione dell'oggetto del dolo (di concorso) del *provider* v. Cap. II, § 2.1.).

²⁴⁹ Cfr. *supra*, §§ 1-3.

²⁵⁰ Il riferimento è al § 5.

stata criticata l'impostazione tesa a qualificarlo quale strumento "neutrale" nelle mani del soggetto agente, soprattutto quando connesso alla rete; per altro verso, tale approfondimento ha permesso di evidenziare un nuovo "ambientamento" dell'illecito *online* (nel *cyberspace*, appunto), determinando una necessaria presa di posizione circa la chiave di lettura che dovrebbe guidarne lo studio²⁵¹.

Quanto al primo profilo, è stato dimostrato come lo sfruttamento delle potenzialità di *Internet* fomenti l'agire criminoso, garantendo un effetto '*disinibente*' nella commissione degli illeciti, tradizionalmente arginato nella realtà analogica.

Quanto al secondo, si è osservato come l'inscindibile osmosi tra la dimensione "reale" e quella "virtuale" imponga un'analisi del reato commesso in rete attraverso una prospettiva di confine, a cavallo tra questi due piani. L'offesa, nell'illecito cibernetico, percorre moti circolari, che si dipanano a partire dalla realtà analogica, per poi passare a quella virtuale e infine "tornare" a quella reale.

In questo contesto, si è deciso di limitare una rinnovata (e giustificata) attenzione alla responsabilità dei *providers* per reati relativi ai contenuti (*content-related offences*): di particolare interesse sia poiché implicano la tenuta di una condotta *standardizzata* nella dimensione "reale" (consistente nel caricamento di dati in rete), sia in quanto conformano la profondità dell'offesa al grado di proliferazione dell'informazione vietata, fortemente inciso dal periodo di tempo entro il quale questa rimane disponibile in rete²⁵².

Si è così passati, nella seconda Sezione, all'analisi dei presupposti teorici che dovrebbero sorreggere un corretto approfondimento del reato cibernetico, essenziale per sviluppare i diversi percorsi astrattamente legittimanti una responsabilità penale dei *providers*.

A partire dalla valorizzazione della diffusione del contenuto illecito quale elemento di approfondimento dell'offesa, è stata posta particolare attenzione al disvalore di azione. In tal guisa, il *nesso di rischio*, quale "nuovo" elemento costitutivo del reato, ha assunto valore dirimente per permettere l'*imputazione* di lesioni nel rispetto del principio di *personalità* della responsabilità penale²⁵³.

Come si avrà modo di vedere, ciò rileverà, ai nostri fini, in una doppia direzione.

²⁵¹ Cfr. §§ 7 e 8.

²⁵² Cfr., in part., § 6.

²⁵³ Cfr. §§ 9 ss.

La prima “fase” dell’accertamento del *nesso di rischio* – consistente nella verifica del carattere *illecito* del rischio attivato o aumentato – consentirà di approfondire la responsabilità dei *providers* alla luce della natura *rischiosa*, ma *consentita*, dell’attività prestata²⁵⁴.

Il secondo stadio – quello afferente alla necessaria identità tra il rischio attivato o aumentato e quello realizzatosi nell’offesa – mostrerà le proprie ricadute sul momento consumativo dell’illecito *online* e, di riflesso, sull’astratta configurabilità di una responsabilità concorsuale dell’operatore economico per il reato commesso dall’utente²⁵⁵.

È opportuno però, prima di procedere in questa direzione, effettuare una ricognizione critica della normativa, della giurisprudenza e della dottrina soffermatesi, in varia misura, sulla responsabilità penale degli ISP²⁵⁶.

²⁵⁴ È quanto verrà approfondito, in particolare, nel Cap. III.

²⁵⁵ Cfr. Cap. IV.

²⁵⁶ Il richiamo è all’oggetto del prossimo Capitolo.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DEI *PROVIDERS*: UN'ANALISI DEI FORMANTI

Sommario: 1. Il *fil rouge* della responsabilità del *provider*: autoria, concorso attivo o omissivo? – 2. I primi tentativi di costruzione (esegetica) della responsabilità degli *internet service providers*. – 2.1. Le ipotesi di autoria commissiva. – 2.2. Le ipotesi di concorso commissivo. – 2.2.1. Il *provider* quale moderatore (preventivo) di un *newsgroup* o di una *mailing list*. – 2.2.2. La condotta del *provider* quale “mezzo” utilizzato dall’utente per veicolare il contenuto illecito. – 2.2.3. L’ulteriore diffusione del contenuto illecito assicurata dal *provider*. – 2.3. Le ipotesi di concorso omissivo. – 2.4. Le ipotesi di autoria omissiva. – 3. Il formante normativo. – 3.1. La direttiva CE 2000/31. – 3.1.1. I servizi di semplice trasporto e di mero accesso. – 3.1.2. Il servizio di memorizzazione temporanea di dati. – 3.1.3. Il servizio di memorizzazione di lunga durata di dati. – 3.1.4. L’assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni veicolate. – 3.2. La normativa nazionale: il d. lgs. 70/2003. – 3.2.1. L’esenzione della responsabilità dell’*hosting provider*. – 3.2.2. L’assenza di un dovere di sorveglianza nell’orizzonte del d. lgs. 70/2003. – 4. Il formante dottrinale. – 4.1. L’ISP come controllore del *cyberspace*. – 4.2. L’ISP come utente del cyberspazio. – 4.3. L’ISP come *longa manus* dell’autorità. – 5. Il formante giurisprudenziale. – 5.1. La giurisprudenza nazionale. – 5.1.1. Il difetto di una posizione di garanzia: il caso Google vs. Vivendi. – 5.1.2. Autoria e concorso commissivo nel reato del privato: tra fornitura “attiva” e “passiva” di un servizio. – 5.1.3. Lo strano caso del gestore del *blog*. – 5.2. Le aperture della giurisprudenza sovranazionale. – 5.2.1. Le decisioni della Corte Edu. – 5.2.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – 6. Il *Digital Services Act* (DSA). – 6.1. Gli obblighi introdotti dal DSA. – 6.2. Il rapporto tra i doveri di diligenza (Capo III) e la responsabilità (penale) dei prestatori di servizi intermediari (Capo II). – 6.3. L’abrogazione del d. lgs. 70/2003: cosa cambia per la responsabilità dei *providers*. – 6.4. (*segue*) La presunzione di conoscenza enucleata all’art. 16, par. 3, DSA. – 7. Sinossi e prosieguo dell’indagine.

1. Il *fil rouge* della responsabilità del *provider*: autoria, concorso attivo o omissivo?

La riflessione in merito alla responsabilità dei *providers* risulta in larga parte governata da un’incertezza rimasta ancor oggi pressoché irrisolta: posto che mai si è

dubitato del difetto di un obbligo di controllo preventivo su ogni singolo contributo veicolato o diffuso dagli ISP e dalle piattaforme digitali, così come mai si è dubitato che tali soggetti debbano rispondere penalmente qualora abbiano sottoposto a preventivo vaglio e successivamente divulgato contenuti illeciti, benché “creati” in prima battuta dagli utenti, ci si chiede se la mancata cosciente rimozione delle informazioni illecite possa essere valorizzata quale contributo concorsuale del *provider* nel reato del privato e, in caso positivo, se esso debba considerarsi “attivo” o “passivo”¹.

D’altro canto, che il cuore della questione risiedesse nel frammento reattivo della condotta del *provider* rispetto all’illecito già perfezionato era circostanza nota già agli inizi del dibattito sul tema. A valle di una sintetica disamina sulle forme di responsabilità civili e penali riferibili alle comunicazioni via *Internet*, in uno dei primi studi in materia si concludeva infatti che «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»².

Ad una tanto lineare la domanda, però, non si è stati in grado di fornire un’altrettanto lineare risposta. Anzi, nel presente Capitolo si cercherà di porre in evidenza come tale quesito abbia attraversato – pressoché in forma invariata – tutto lo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale sul tema senza approdare a soluzioni condivise. Alla principale occasione di (possibile) rimprovero dell’ISP, non corrisponde oggi un nitido costrutto giuridico alla stregua del quale il *provider* potrebbe essere chiamato a rispondere.

E la questione, lungi dall’esplicare i propri effetti esclusivamente *ex post*, ovvero quando il *provider* non abbia rimosso il contenuto illecito di cui è venuto a conoscenza, mostra le proprie principali ricadute *ex ante*, nel momento *orientativo* della condotta dell’operatore. Consapevole che l’abusiva rimozione di un contenuto potrebbe implicare successive azioni di risarcimento del danno, il fornitore del servizio in *Internet*, nell’attuale

¹ Invero, la difficile distinzione tra condotta attiva e passiva viene annoverata tra gli aspetti particolarmente complessi della materia anche da D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 122 ss. In questa sede, mette conto comunque precisare che tale questione verrà trattata assimilando l’ISP ad una persona fisica. Solo nel Cap. V saranno approfondite le peculiarità, anche sotto questo specifico profilo, che la valutazione del *provider* quale organizzazione complessa comporta sul piano della responsabilità penale dei singoli individui che la compongono.

² V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf. e informatica*, 1999, p. 1056.

contesto economico-giuridico, si trova stretto tra la temibile morsa di una ipotetica sanzione penale “per non aver rimosso” e quella, non meno gravosa, di una futuribile responsabilità civile “per aver abusivamente oscurato”, qualora naturalmente il contenuto si riveli successivamente conforme ai parametri richiesti dalla legge³.

Nel prosieguo verranno dunque passate in rassegna le posizioni degli Autori che, ancor prima di una specifica regolamentazione nazionale, si sono interrogati sulle forme di possibile responsabilizzazione penale degli ISP. E ciò non solo al fine di garantire omogeneità alla trattazione, ma, soprattutto, per lumeggiare come gli stessi interrogativi posti ormai quasi 30 anni fa occupino una posizione di prim'ordine anche nel più recente approfondimento del tema.

A nulla è valso, per un verso, il ciclico succedersi di normative europee e nazionali volte, almeno nelle intenzioni, a disciplinare la responsabilità dei prestatori di servizi digitali e, per altro verso, il profluvio di contributi che, almeno fino a una decina di anni fa, avevano invaso il diritto penale dell'informatica⁴. Ancora oggi, la domanda: se e come potrebbe

³ Pone in luce la problematica A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, p. 1627. Sotto altro aspetto, sottolineava come il difetto di una specifica e ponderata regolamentazione potesse incidere negativamente sulla sfera di libertà dei *providers*, in quanto sempre esposti a futuribili approdi giurisprudenziali eccessivamente “estensivi” ovvero a modifiche legislative dettate più dall'*horror vacui* che da una reale esigenza di regolare con equilibrio un nuovo e delicato settore, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 179.

⁴ In argomento si ricordano, senza pretesa di esaustività, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, pp. 99 ss.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 1998, pp. 745 ss.; U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. II. Le nuove sfide di Internet - seguito e conclusione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, pp. 1206 ss.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 501 ss.; ID., *Commento art. 600 ter, III comma, c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, IV, Cedam, Padova, 2004, pp. 207 ss.; ID., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2019, pp. 81 ss.; ID., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2023, pp. 87 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, cit., pp. 1049 ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2001, pp. 145 ss.; ID., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2010, pp. 779 ss.; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, pp. 586 ss.; G. CASSANO, F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 77 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 2523 ss.; EAD., *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2009, pp. 91 ss.; G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, pp. 423 ss.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 120 ss.; G. PICA, voce *Internet*, in *Dig. disc. pen.*, 2004, v. online, pp. 49 ss.; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 1922 ss.; D. DE NATALE, *La responsabilità*

essere chiamato a rispondere il *provider* che, venuto a conoscenza dell'illiceità dei contenuti diffusi per proprio tramite, non li rimuova o non ne oscuri la visibilità, resta priva di una risposta soddisfacente.

Un giro di orizzonte sulle diverse forme di responsabilità in cui potrebbero incorrere *internet service providers* e piattaforme digitali, in uno con l'analisi della normativa (abrogata e vigente), prepareranno dunque il terreno per il successivo esame degli istituti sottesi alla domanda richiamata e, con essi, al tentativo di risoluzione della stessa.

2. I primi tentativi di costruzione (esegetica) della responsabilità degli internet service providers

Come accennato, in assenza di una specifica normativa volta a regolare doveri e connesse responsabilità degli *internet service providers*, la dottrina, non mancando di proporre interventi riformistici, ha approfondito la pretesa responsabilizzazione penale di tali soggetti facendo ricorso ai generali criteri di imputazione⁵.

dei fornitori di informazioni in Internet per i casi di diffamazione on line, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, pp. 509 ss.; ID., *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 50 ss.; ID., *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 295 ss.; R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 418 ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2012, pp. 1 ss.; ID., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, cit., pp. 1621 ss.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 600 ss.; V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2013, pp. 163 ss.; G. P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.*, 23 maggio 2017; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2019; B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2019, 2, pp. 33 ss.; A. BACCIN, *Responsabilità penale dell'internet service provider e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso Force v. Facebook*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 75 ss.; S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 24 dicembre 2020; EAD., *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 3, pp. 367 ss.; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 27 dicembre 2022, pp. 1 ss.

⁵ In termini generali, G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 4 s. Di fondamentale importanza per lo sviluppo del dibattito sono stati i casi giurisprudenziali a quel tempo emergenti in ambito europeo (e non). Per una enucleazione di quelli

Così, sono stati individuati essenzialmente quattro paradigmi ai quali potrebbe essere ricondotta la responsabilità dei *providers*, dipendenti (anche, ma non solo) dalle diverse attività svolte dagli stessi:

- i) autoria commissiva;
- ii) concorso commissivo;
- iii) concorso omissivo;
- iv) autoria omissiva⁶.

Meglio approfondire partitamente ciascuno di questi.

2.1. *Le ipotesi di autoria commissiva*

Nulla questio sulla responsabilizzazione penale del *provider* che abbia caricato e successivamente diffuso un contenuto illecito (c.d. *content provider*): si pensi, ad esempio, alla pubblicazione di informazioni lesive da parte di gestori di pagine *web*⁷. Sebbene siffatta ipotesi fosse frequente soprattutto ai tempi del *web* 1.0, quando le comunicazioni in *Internet* risultavano unilateralmente direzionate (dalle piattaforme agli utenti), mai si potrebbe dubitare che, qualora ravvisabile, essa determini ancora oggi la responsabilità, in via autonoma, dell'operatore economico. Alla pari di un qualsiasi altro utente, questi diverrebbe a tutti gli effetti il "creatore" del contenuto.

D'altra parte, pur rimandando al prosieguo della trattazione l'approfondimento della specifica questione, è opportuno anticipare che il riferimento alla responsabilità "del *provider*", quantomai frequente negli scritti dottrinali, presuppone una semplificazione del destinatario-persona fisica del rimprovero. Nella normalità dei casi, infatti, tali attività economiche vengono svolte – oggi, come nel passato, soprattutto "prossimo" – in forma organizzata, mediante una struttura articolata in diversi livelli amministrativi e di controllo,

maggiormente noti, L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, cit., p. 385 s.

⁶ Già S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750, evidenziava come «i criteri di individuazione della responsabilità dei *providers* possono essere teoricamente ricondotti allo schema dell'autoria, a quello della responsabilità concorsuale o a quello dell'omissione di controlli finalizzati all'impedimento di eventi illeciti». Si ferma invece alle ipotesi di concorso attivo e omissivo U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., p. 1206.

⁷ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 590; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 127, 131 ss.

la quale richiede necessariamente l'esatta identificazione dei soggetti che abbiano mal gestito il rischio-reato successivamente realizzatosi⁸.

Per vero, nell'ipotesi del *provider* "creatore" del contenuto, la risoluzione al quesito è semplificata: parimenti rispetto a quanto avviene nel settore del diritto penale dell'economia, sono tendenzialmente i vertici aziendali ad aver assunto provvedimenti decisori poi confluiti nella commissione dell'illecito⁹. Assai raro è che un mero dipendente decida di pubblicare un contenuto lesivo tramite la piattaforma gestita dalla propria società. Più frequente è che, anche per i benefici economici che potrebbero derivarne – in termini, ad es., di pubblicità – siano gli stessi apicali ad orientarsi in tal senso: circostanza che depone, naturalmente, per la loro responsabilizzazione, eventualmente in concorso con chi abbia materialmente realizzato il contenuto (l'esecutore dell'ordine).

Come si avrà modo di osservare, così non è nei casi – al contempo, più frequenti e di più complicata analisi – relativi alla mancata rimozione consapevole delle informazioni illecite. In queste seconde ipotesi, è il soggetto deputato al controllo dei contenuti – quand'anche saltuario, ove gran parte di tale attività sia stata automatizzata – a candidarsi, salvo quanto verrà di seguito osservato¹⁰, a destinatario della sanzione: è solo quest'ultimo, infatti, a poterne avere "effettiva conoscenza". Considerata la natura tipicamente dolosa dei reati che potrebbero assumere rilievo, l'organo apicale, quand'anche fautore di una linea strategica volta a mantenere sui propri canali comunicativi il più a lungo possibile informazioni lesive, potrebbe infatti sempre trincerarsi dietro l'ignoranza – più o meno volontaria – *dello specifico fatto (tipico)*¹¹.

⁸ Ne danno conto, benché in termini generali, ad esempio, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., p. 1193, nt. 1; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 3, il quale osserva come «lo stesso ISP, cui la ricerca guarda come responsabile di illeciti penali nel cyberspazio, è un *soggetto non fisico* identificandosi con tale formula, nella gran parte dei casi, non una persona in carne ed ossa cui muovere direttamente un rimprovero penale, quanto un'organizzazione che svolge tale attività professionalmente e all'interno della quale si dovrà rinvenire, non senza difficoltà, un destinatario specifico dei precetti penali».

⁹ In argomento, per tutti, F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. comm.*, 2024, pp. 699 ss.

¹⁰ Cfr. Cap. V.

¹¹ L'ipotesi *volontaria* può essere ricondotta all'*ignoranza deliberata in senso stretto*, da distinguere da quella "comune", ove il soggetto entra in possesso di *segnali d'allarme*, e da quella "in senso lato", ove il soggetto attivo entra in contatto con una situazione astrattamente rischiosa, ma in cui può ancora confidare (più o meno ragionevolmente) sulla liceità delle condotte dei terzi. In argomento, compiutamente, F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in *Leg. pen.*, 27 settembre 2022, *passim*, il quale, in apertura, riporta proprio l'esempio della predisposizione, all'interno di una organizzazione complessa, di un canale di comunicazione reso volutamente disfunzionale dagli apicali per poter garantire la propria ignoranza (deliberata, appunto). Sulla teoria dell'ignoranza

D'altronde, mentre il paradigma colposo si focalizza sulla riconducibilità dell'evento *hic et nunc* ad una classe di eventi alla quale questo appartiene, quello doloso richiede una circoscritta rappresentazione e volontà (almeno del rischio) dell'evento storico, benché sul relativo grado di dettaglio (evento naturalistico vs. evento giuridico vs. evento "significativo") si fatichi a raggiungere un'opinione condivisa¹². Così ragionando, non sarebbe sufficiente che il vertice aziendale possa essere a conoscenza dell'astratta possibilità che gli utenti, tramite i propri servizi, commettano reati. E nemmeno che i propri canali di comunicazione vengano frequentemente utilizzati per scambiare informazioni illecite, benché riconducibili ad una definita categoria di reati, per di più realizzati sempre mediante le medesime modalità. La responsabilità dell'apicale dovrebbe necessariamente passare dalla (prova della) conoscenza delle circostanze fattuali tipiche, che, nel caso di specie, diviene sostanzialmente prova della conoscenza dello specifico contenuto offensivo.

2.2. Le ipotesi di concorso commissivo

Appurato che il *content provider* dovrebbe rispondere autonomamente per quanto creato e veicolato agli utenti, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di configurare una responsabilità dell'ISP in concorso "commissivo" con il materiale autore del contenuto illecito.

Non senza incertezze classificatorie – sulle quali si tornerà a breve – sono state essenzialmente vagliate tre attività astrattamente suscettibili di assumere rilievo penale:

i) la moderazione di un *newsgroup* o di una *mailing list* ove vengano trasmesse informazioni costituenti reato;

ii) la fornitura del servizio (di accesso o di memorizzazione) utilizzato dagli utenti per la pubblicazione di dati illeciti;

deliberata, da ultimo, ID., *Appunti sul tema dell'ignoranza deliberata: una "dottrina" adattabile all'ordinamento italiano?*, in *Pen. dir. proc.*, 11 novembre 2025. Sulla teoria dei segnali d'allarme, per tutti, M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2014, p. 82 s. e, con specifico riguardo alla responsabilità penale dei sindaci, valorizzandone i tratti distintivi con quella civile, F. RAFFONE, *La responsabilità dei membri del collegio sindacale tra civile e penale: questioni aperte alla luce della riforma dell'art. 2407 c.c.*, in *DPEI*, 2025, 1, p. 16 s. Sul punto, in ogni caso, si tornerà al Cap. V.

¹² Sul punto, ad es., R. ORLANDI, *Sviamento del decorso causale e imputazione del reato*, in *Leg. pen.*, 26 novembre 2024, p. 18, anche per i relativi riferimenti bibliografici. Cfr., in ogni caso, *infra*, § 2.2.2.

iii) la prosecuzione della fornitura di un servizio, successiva al primo caricamento dell'informazione lesiva, che ne comporta l'ulteriore proliferazione¹³.

D'altra parte, occorre preliminarmente osservare che più ci si allontana temporalmente dal momento del caricamento del contenuto illecito, più divergono le teorie in merito non solo alla possibilità di muovere un rimprovero al *provider*, ma, già a monte, in relazione all'inquadramento dogmatico che questo potrebbe assumere. Così, se è incontrovertibile che il *content provider* debba rispondere per aver tenuto un'azione tipica (quella di aver caricato e diffuso un contenuto illecito), qualche dubbio inizia a porsi sulla responsabilizzazione del moderatore di un *newsgroup* o di una *mailing list*: segnatamente, ci si chiede se questi possa e essere rimproverato per aver erroneamente vagliato e veicolato contenuti illeciti (azione in senso stretto) ovvero per non aver inibito la trasmissione di dati vietati (omissione), sebbene sia la prima opzione a prevalere. E ancora: se è incontrovertibile che una possibile fonte di biasimo per l'ISP possa essere ravvisata nella materiale fornitura di servizi che consentono al privato di accedere ad *Internet* ed ivi commettere illeciti (azione), assai meno certo è se la successiva diffusione degli stessi debba essergli rimproverata sul piano attivo (per aver continuato a fornire un servizio) ovvero su quello omissivo (per non averne tempestivamente arginato la proliferazione).

Ebbene, vedremo che tutti questi interrogativi, fondamentali per approfondire con il dovuto rigore la responsabilità del *provider*, riposano sulle incertezze che, già in astratto, permeano la linea di confine tra azione ed omissione. Essi, infatti, non fanno altro che sottoporre a sindacato un medesimo fatto da un diverso angolo visuale, a seconda che venga privilegiata la componente attiva o omissiva della condotta – sempre la medesima – dell'operatore¹⁴.

Primo fondamentale tassello per comprendere quanto anticipato è dunque approfondire ciascuna delle diverse condotte del *provider* tradizionalmente inquadrate e nel paradigma commissivo e in quello omissivo. Occupando un ruolo residuale, in quanto tendenzialmente esclusa senza particolari remore, l'ipotesi di autoria "omissiva" verrà esaminata in coda.

¹³ Così, con diverse sfumature, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., pp. 99 ss.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 745 ss., benché inquadrando l'ipotesi *sub i)* tra quelle di autoria; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, cit., pp. 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss.

¹⁴ La questione sarà oggetto di specifico approfondimento nel Cap. III.

2.2.1. *Il provider quale moderatore (preventivo) di un newsgroup o di una mailing list*

Parallelamente al caso del *provider* che abbia *sua sponte* caricato e diffuso contenuti illeciti mediante i canali di comunicazione a propria disposizione, anche quello dell'operatore che si erga a moderatore preventivo di *newsgroup* o di *mailinglist* non ha tradizionalmente sollevato particolari questioni, né con riguardo alla sua possibile responsabilizzazione, né in relazione al suo inquadramento dogmatico (attivo o omissivo).

Con prevalente riguardo alla fase di moderazione “successiva” al primo caricamento, la discussione è invero tornata alla ribalta di recente, a valle del conio dell'orientamento giurisprudenziale che, seppur fugando ogni dubbio in merito alla possibilità di applicare una sanzione penale al gestore del *blog* che non abbia consapevolmente rimosso il contenuto illecito pubblicato da altri, fatica a collocare dogmaticamente tale condotta. Come si vedrà, le stesse motivazioni contenute in tali pronunce oscillano, più o meno surrettiziamente, tra un inquadramento della responsabilità del *blogger* a titolo autonomo o concorsuale, attivo oppure omissivo¹⁵.

Procedendo con ordine, la condotta del *provider* che si trovi a moderare *preventivamente* un *newsgroup* o una *mailinglist*, così assumendo contezza dei contenuti dei quali gli iscritti richiedono la diffusione, viene tipicamente ritenuta fonte di rimprovero “commissivo”¹⁶. Questi, infatti, deciderebbe sulla successiva disponibilità delle comunicazioni per gli utenti del servizio e, in tal guisa, la sua condotta costituirebbe un anello essenziale nella catena di diffusione dell'illecito. Senza la propria “accettazione”, al privato sarebbe precluso far pervenire il dato informatico nella sfera giuridica del destinatario. E tanto basterebbe, secondo una autorevole impostazione interpretativa, per poter considerare l'illecito a questi “riconducibile”¹⁷.

¹⁵ Cfr. § 5.1.3.

¹⁶ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750 s., 753; U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., p. 1208; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, cit., p. 381; ID., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 501 s.; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 590; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 149 ss.

¹⁷ Il riferimento è, segnatamente, a S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750, il quale evidenzia che «l'inquadramento della figura del *provider* come autore del reato di divulgazione in rete di contenuti illeciti si limita a situazioni marginali, ove a tale soggetto sia attribuibile la paternità dei

È qui, tuttavia, che le opinioni inizierebbero a divergere.

i) Secondo una prima teoria, tale riconducibilità fonderebbe una responsabilità a titolo autonomo e commissivo del *provider*; e ciò, si badi bene, quand'anche l'informazione non sia stata da questi "creata": si ricadrebbe altrimenti nell'ipotesi del c.d. *content provider*¹⁸.

«Il moderatore di un *newsgroup* o di una *mailing-list* che provvede al controllo dei testi pervenuti e decide in ordine alla loro successiva disponibilità per gli utenti del servizio è da considerarsi come l'autore della diffusione e a nulla rileva l'assenza di un suo personale contributo nella fase della elaborazione»¹⁹.

ii) Secondo una diversa visione, il *provider* che si trovi a moderare preventivamente un *newsgroup* o una *mailinglist* e, così, a consentire la trasmissione del contenuto illecito, dovrebbe essere considerato responsabile in concorso, benché in posizione di coautoria, con l'effettivo autore dello stesso²⁰.

Il *provider* che «inserisca i dati illeciti nel circuito comunicativo, dopo un vaglio contenutistico (ad es. in *newsgroups* personalmente moderati od in *mailing-list* da lui stesso compilate), [...] – che pur non fosse egli stesso creatore del contenuto illecito – andrebbe, invero, penalmente ritenuto autore ovvero coautore del fatto, e non già mero "partecipe"»²¹.

Ebbene, plurimi argomenti paiono deporre per l'accoglimento della tesi che riconduce la situazione al paradigma concorsuale.

a) Innanzitutto va ricordato che, almeno secondo l'impostazione preferibile, i reati che richiedono, quale propria modalità di estrinsecazione, la tenuta di condotte "comunicative" potrebbero ritenersi integrati esclusivamente qualora l'informazione sia pervenuta nella disponibilità del destinatario²². Così, considerare autonoma la responsabilità

dati in questione o almeno la loro riconducibilità, qualora egli agisca come moderatore di un *newsgroup* o di una *mailinglist* e quindi provveda al controllo dei messaggi pervenuti e decida in ordine alla successiva disponibilità di essi per gli utenti del servizio».

¹⁸ Così, S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750 s., 753. L'opinione viene fatta propria anche da F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 590.

¹⁹ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 753.

²⁰ Così, L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 501 s. Della medesima opinione parrebbero anche U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., p. 1208; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 149 ss.

²¹ L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 502.

²² Cfr. Cap. I, § 6.

del *provider* che abbia accettato e successivamente veicolato il contenuto vietato farebbe arretrare quella del creatore dello stesso, la cui condotta – si sottolinea: illecita – rappresenta condizione essenziale per la realizzazione del reato del primo. Pur essendosi l'utente servito del *provider* per trasmettere le informazioni da lui generate, infatti, la sua condotta dovrebbe a tutti gli effetti ritenersi atipica, qualora naturalmente si consideri insufficiente ad integrare il *Tatbestand* il mero inserimento di dati per i quali non è stato ancora attivato il collegamento. Alla tipicità del contributo dell'ISP non corrisponderebbe allora la tipicità del contributo del privato, che potrebbe rispondere del reato consumato esclusivamente in concorso con il prestatore del servizio digitale: la compartecipazione verrebbe a configurarsi esclusivamente in via "unilaterale". Una responsabilità a titolo di concorso: ma come complice/partecipe per l'autore del contenuto, come autore per il *provider*.

D'altronde, è curioso rilevare come a qualificare l'azione del *provider* quale vera e propria ipotesi di autoria siano proprio coloro che ritengono imprescindibile per l'integrazione di fattispecie costituite da condotte comunicative che l'informazione sia pervenuta nella sfera di disponibilità del destinatario e, per converso, come siano gli stessi Autori che, per considerare perfezionati tali illeciti, ritengono sufficiente la mera messa a disposizione dei dati, anche antecedente all'attivazione del collegamento con il destinatario, ad inquadrare la condotta dell'ISP nel paradigma concorsuale²³.

b) Inoltre, richiamando ragioni già spese nell'analisi dell'istituto della cooperazione colposa, ove assume preminente rilievo la necessità di distinguere le ipotesi ricollegabili all'art. 113 c.p. da quelle riconducibili all'art. 41 c.p., mette conto evidenziare che, al di fuori delle ipotesi di coautoria, l'essenza del paradigma concorsuale risiede proprio nell'utilizzazione di condotte atipiche per la realizzazione del reato. Così, valorizzando la componente relazionale delle regole cautelari violate, si sottolinea che «è possibile attribuire rilevanza a condotte che possiedono una connessione di rischio rispetto all'evento disvoluto, nel senso che sono state forgiate dall'esperienza per prevenire proprio quel tipo di evento, ma la loro violazione non ne determina *direttamente* la causazione, bensì per il tramite

²³ Il riferimento, naturalmente, è alle impostazioni poc'anzi richiamate sostenute da S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750 s., 753 e L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 502, sulla scia della quale si pone anche D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 135.

dell'“anello intermedio” della condotta negligente dell'*autore immediato* del fatto colposo»²⁴.

Ponendo mente a quanto osservato nel primo Capitolo, ove è stata dimostrata la necessità di considerare il nesso di rischio quale vero e proprio elemento costitutivo del reato, ciò significa che il rischio illecito attivato dal contributo del concorrente, benché di identica natura a quello realizzatosi nel reato, deve necessariamente subire, senza soluzione di continuità, una parziale concretizzazione da chi coopera o agisce in un tempo successivo. Il rischio è il medesimo, ma, per realizzarsi nell'offesa, deve necessariamente passare per il contributo illecito, attivo o omissivo, di un terzo²⁵.

Il che vorrebbe rappresentare una applicazione dell'impostazione secondo cui «è ben possibile, in effetti, che risulti difficile definire una specifica condotta materiale – attiva od omissiva – apprezzabile in termini totalmente coincidenti con quelli caratterizzanti il reato monosoggettivo: ma ciò è dovuto appunto alla circostanza che la trama dei contributi ‘strumentali’ (come li abbiamo più volte denominati, in alternativa alla dimensione causale) potrà vederli convergere in direzione dell'evento in forza degli stessi rapporti che tra essi intercedono, in modo tale da poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel ‘mosaico partecipativo’ cooperante all'offesa»²⁶.

Per converso, nei casi di autoria, il rischio illecito attivato da altri non si pone in continuità con quello eventualmente attivato dall'autore; e ciò quand'anche fosse della medesima natura.

Per comprendere appieno la soluzione, si ponga mente all'obiezione, talvolta richiamata per escludere la responsabilità dell'ISP a titolo omissivo, relativa all'impossibilità per lo stesso – salvo invero che non si tratti di un *hosting provider* – di impedire la commissione (o la prosecuzione) del reato a causa della possibilità

²⁴ Così, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 166, cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ La posizione si conforma, in effetti, ai principi della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, elaborata da R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva eventuale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976, *passim*, e ripresa, tra gli altri, da G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2020, pp. 4 ss. e da A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022, pp. 171 ss. In argomento, sia consentito il rinvio, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, a F. CONTRI, *Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS*, in *DPEI*, 2024, 2, pp. 51 ss. Per un confronto tra le teorie dell'accessorietà e della fattispecie plurisoggettiva eventuale, per tutti, G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, v. *online*, par. 8, pp. 20 ss.

²⁶ G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, cit., p. 8.

di accesso al contenuto illecito mediante diverse vie di comunicazione. In specie, si osserva che «nel presente contesto, sussiste [...] la peculiarità che il bene protetto viene minacciato dalle omissioni di una pluralità di soggetti. Si pone perciò l'ulteriore problema se, nel momento di accertamento della causalità ipotetica e di evitabilità dell'evento, debba essere valutato non solo il comportamento doveroso da parte del *singolo soggetto obbligato*, ma anche quello di *tutti gli altri soggetti giuridicamente tenuti all'impedimento dell'evento*»²⁷.

Ora, tralasciando la risoluzione della specifica questione, mette conto evidenziare come quello in esame sia un evidente esempio di ipotesi di autoria. L'impedimento dell'accesso eventualmente predisposto da altri *access provider*, che, in un mondo ideale, potrebbe impedire la visualizzazione del contenuto illecito per tutti gli utenti, non si pone quale segmento di una unitaria azione volta all'impedimento dell'offesa, bensì è orientato direttamente a prevenirla (seppur con modeste possibilità di riuscita, isolatamente considerato). Il rischio illecito attivato dal singolo *access provider* attraverso il mancato sbarramento della via a propria disposizione non deve subire, per manifestarsi, una ulteriore concretizzazione da parte di altri soggetti. Certo, tale rischio è il medesimo per questi come per i propri "concorrenti", ma con essi il primo non ha alcun tipo di relazione oggettiva; e ciò quand'anche a conoscenza che, qualora tutti adempiessero correttamente al proprio dovere, il bene giuridico verrebbe correttamente salvaguardato.

La problematica spingerebbe dunque ad approfondire se il potere di impedimento dell'evento necessario ai fini della configurazione di una posizione di garanzia sia esclusivamente quello sottoposto al dominio dell'agente – pur in forma "mediata" dai contributi dei soggetti che cooperano nell'impedimento dell'offesa – ovvero se debbano essere tenute in considerazione anche le *ulteriori circostanze non occasionali, bensì relative all'ordinario percorso etiologico preventivo*. Adottando la seconda ipotesi, si schiuderebbero scenari interessanti: il *potere di impedimento dell'evento* idoneo a fondare una posizione di garanzia, trovando diversa giustificazione, verrebbe scisso dalla *prova della causalità* (rispetto all'evento) e *della strumentalità* (rispetto agli ulteriori contributi)²⁸. Ulteriori considerazioni sul punto, però, si rivelerebbero fuorvianti rispetto all'obiettivo di questo lavoro.

Nel caso di specie, il rischio attivato dall'utente è certo lo stesso che si realizza nell'evento, ma è tale in quanto passa attraverso il contributo del concorrente (il *provider*). Segnatamente, il rischio attivato dal privato non potrebbe mai realizzarsi nell'offesa qualora non fosse "completato" dal contributo del moderatore: rimarrebbe una sorta di rischio "in potenza". Corrispondentemente, il contributo dell'operatore economico non farebbe altro che concretizzare lo stesso rischio illecito attivato dal privato.

²⁷ U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1220.

²⁸ Altro, infatti, è valutare, *ex post*, se il contributo abbia inciso sulla verifica del reato (altresì alla luce delle condotte tenute dagli altri *access providers*); altro è considerare ammissibile il *potere* richiesto dall'art. 40 cpv. ove, *ex ante*, si abbia conoscenza dell'impossibilità di incidere autonomamente sull'impedimento dell'offesa (perché dipendente in larghissima parte da contributi di terzi, indipendenti da quello del soggetto di cui si indaga la responsabilità).

Va dunque respinta, anche in ambito doloso, la tentazione, finalizzata a sciogliere i dubbi in merito alla configurabilità di un'ipotesi concorsuale, di rifarsi alla consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione dell'offesa: requisito necessario, ma non sufficiente. E ciò, prima di tutto, poiché in un diritto penale *del fatto* non può essere la consapevolezza di contribuire all'altrui piano criminoso a rendere concorsuale una condotta autonomamente idonea a realizzare l'illecito; e nemmeno, tendenzialmente, a marcarne il disvalore²⁹.

c) Da ultimo, la soluzione verrebbe confermata dalle tesi che, rifiutando di considerare il nesso di rischio quale autonomo elemento costitutivo del reato, considerino nel dolo ricompresa anche la colpa³⁰. Anche in questo caso, volendo considerare imprescindibile la violazione di una regola cautelare, a dover essere approfondita sarebbe la funzione preventiva della stessa. Qualora questa fosse orientata a impedire (*ex ante*) o a svincolare di significato (*ex post*) il contributo illecito da altri realizzato, si configurerebbe una ipotesi di concorso; qualora fosse direttamente tesa ad evitare l'offesa, a venire in gioco sarebbe un'ipotesi di autoria.

²⁹ Come noto, tradizionalmente, la distinzione tra l'istituto della cooperazione colposa e quello del concorso di cause indipendenti (art. 41 c.p.) viene fondata sulla consapevolezza dell'agire collettivo. Almeno due sono tuttavia i profili di criticità dell'assunto: *i*) siffatto elemento si rivelerebbe pressoché sempre presente tra soggetti che operano in contesti organizzati, soprattutto qualora largamente proceduralizzati; *ii*) la valorizzazione dell'elemento soggettivo ai fini della descrizione del tipo cooperativo, oltre a rappresentare un dato neutro per il disvalore del fatto, si porrebbe in contrasto con la natura tendenzialmente oggettivistica del nostro ordinamento; *iii*) una dimensione marcatamente normativa della colpa monosoggettiva – quantunque non sprovvista di necessari indici di colpevolezza – risulterebbe distonica rispetto ad una dimensione eminentemente soggettiva della colpa concorsuale; *iv*) siffatta impostazione, ripiegando sul labile accertamento (indiziario) dell'elemento soggettivo, renderebbe assai scivoloso il terreno sul quale occorrerebbe valutare la riconducibilità della condotta al paradigma concorsuale. D'altro canto, non si comprenderebbe per quale ragione la consapevolezza dell'agire altrui dovrebbe – questa l'opinione giurisprudenziale – ampliare il dovere di diligenza sino a ricomprendere le conseguenze lesive delle condotte dei cooperanti. Meglio allora concentrare l'attenzione verso la presenza o l'assenza di una (anche rudimentale) organizzazione delle condotte in vista di una attività comune. È siffatto connotato, anche qualora di carattere estemporaneo, a segnare il discrimine tra la cooperazione colposa e il concorso colposo di condotte indipendenti. Esso, infatti, attualizza la consapevolezza dell'agire con altri, ma, soprattutto, determina la genesi di nuove regole cautelari 'relazionali', non più circoscritte ad una visione atomistica "azione del singolo-evento", bensì orientate all'impedimento plurisoggettivo dell'offesa mediante il coordinamento reciproco delle condotte, in senso orizzontale e verticale ("gerarchizzazione" dell'attività). Sul punto, F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, *passim*; nonché, riassuntivamente, ID., *Il concorso di persone nel reato*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, 2024, Giappichelli, Torino, pp. 461 ss. e, da ultimo, ID., *Disastri evitabili e forme della colpa nell'organizzazione pubblica*, in *Cass. pen.*, 2025, pp. 2726 ss.

³⁰ Cfr. Cap. I, § 10.2, nt. 201.

Ciò varrebbe, naturalmente, al netto delle ipotesi di coautoria, alle quali si potrebbe richiedere, per essere sussunte nel paradigma concorsuale, un consapevole innalzamento del rischio illecito – tale da farlo apparire come diverso³¹ – rispetto a quello autonomamente creato da ciascun concorrente.

Se così si vuol ragionare, la regola preventiva violata dal *provider*, consistente nel non aver bloccato il contenuto lesivo, sarebbe in prima battuta volta a neutralizzare l'azione illecita dell'utente e, solo in via definitiva, ad impedire la lesione all'interesse tutelato. Anche questa impostazione, dunque, conferma che la responsabilità del *provider* che abbia svolto scorrettamente l'attività di moderazione preventiva debba essere incanalata nei binari del concorso commissivo.

La soluzione potrebbe essere posta in discussione – sebbene solo apparentemente – nei casi di attività di moderazione automatizzata da parte del *provider*. In questa ipotesi, si potrebbe obiettare che non sarebbe individuabile una vera e propria azione naturalistica (umana) nella scelta dei contenuti veicolabili, così potendo venire l'ISP eventualmente sanzionato soltanto per aver omesso di censurare l'informazione illecita, quando venutone naturalmente a conoscenza prima della relativa pubblicazione (appunto, automatizzata).

Sul punto si tornerà più approfonditamente nel prosieguo; per ora basti osservare che il fatto che il *provider* automatizzi la propria attività non esclude, per ciò solo, che la sua condotta possa essere considerata attiva. Avendovi dato causa, esso mantiene nella propria sfera di competenza il governo dei rischi che da essa discendono, così potendo essere responsabilizzato per aver svolto un'attività che abbia travalicato i margini di rischio consentito. In altri termini, il *provider* non è un soggetto che compie isolatamente un'azione astrattamente pericolosa, per poi dismettere completamente ogni tipo di attività ad essa correlata: il richiamo, com'è evidente, è alla (discutibile) teoria della posizione di garanzia fondata sulla precedente attività pericolosa³². Esso continua a svolgere l'attività d'impresa, benché quella singola frazione (il controllo dei contenuti) sia stata automatizzata.

Il problema, ancora una volta, si sposta sul piano dell'elemento soggettivo e, in particolare, su quello dell'effettiva conoscenza del contenuto illecito: l'automazione non può trasformare un'azione in una omissione.

Si vedrà infatti che considerare una condotta attiva come omissiva si volge a favore del preteso autore del reato: ad es. perché è necessario individuare una posizione di garanzia per responsabilizzarlo; perché alla causalità reale si aggiunge il frammento della causalità ipotetica, che richiede, nel giudizio controfattuale, standard probatori assai maggiori rispetto a quelli invocabili per l'accertamento della causalità della colpa. Considerare dunque la condotta del *provider* come omissiva solo poiché abbia automatizzato la propria attività – e ciò, si badi bene, quando continui a mantenere il controllo sulla stessa – significherebbe, in difetto di una

³¹ Ad esempio, perché connotato da un diverso grado di offesa.

³² Per alcuni riferimenti bibliografici cfr. *infra*, nt. 163.

norma fondatrice di una posizione di garanzia, esentarlo da ogni tipologia di controllo sul corretto esercizio dell'impresa (beninteso, sotto questo specifico frammento).

Riprendendo esempi a noi più noti, nessuno dubita che il “mantenere” sequestrata una persona con le proprie forze, a seguito di un consenso successivamente venuto meno, configuri una condotta attiva riconducibile all'art. 605 c.p. E non potrebbe essere posto in discussione che ai medesimi risultati si dovrebbe pervenire qualora la restrizione della libertà personale sia avvenuta per mezzo di un meccanismo automatico attivato dal soggetto agente, ove naturalmente il reo rimanga “signore” del fatto. Ebbene, considerare omissiva la responsabilità del *provider* per non aver inibito l'accesso ad un contenuto veicolato in via automatizzata equivarrebbe a sostenere, erroneamente, che nel sequestro di persona operato con macchinari il soggetto dovrebbe rispondere di omissione: il che dovrebbe implicare l'individuazione di una posizione di garanzia (assai raramente ravvisabile) in capo al sequestratore³³.

2.2.2. La condotta del provider quale “mezzo” utilizzato dall'utente per veicolare il contenuto illecito

Un ulteriore segmento dell'attività del *service provider* valutato ai fini della responsabilità penale dello stesso – qui senza dubbio concorsuale – afferisce alla generica e preliminare messa a disposizione dello strumento (il servizio di *access*, *caching* o *hosting*) poi utilizzato per commettere il reato³⁴.

L'ipotesi, conseguentemente, differisce da quella, che verrà analizzata a breve, relativa alla successiva e ulteriore diffusione del contenuto. Qui, a venire in gioco è l'iniziale messa a disposizione del servizio, sfruttato dal privato per commettere reati in rete.

³³ La precisazione relativa all'iniziale consenso del soggetto passivo è volta a prevenire eventuali critiche valorizzanti la generica (e preliminare) liceità della condotta dell'ISP.

³⁴ Concentrando l'attenzione sulle ricadute problematiche derivanti da una incerta distinzione tra azione ed omissione, va ricordata l'opinione dottrinale tesa addirittura ad ammettere, a fronte di un medesimo comportamento, una duplice possibilità di rimprovero (attiva e omissiva). Così, segnatamente, A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., p. 779 s., il quale osserva che «in linea teorica due modelli sono astrattamente configurabili, ovvero sia uno a livello di condotta attiva, nel senso che sarà responsabile penalmente l'*internet provider* solo laddove si dimostri che costui abbia attivamente agevolato l'inserimento in rete del materiale in oggetto, evidentemente d'intesa con colui il quale materialmente lo ha inserito. [...] Un secondo modello, [...] riguarda una responsabilità penale a livello omissivo dell'*internet provider*, nel senso che non è necessario dimostrare un previo accordo nella prospettiva da ultima menzionata, giacché è sufficiente che si dimostri che il *provider* non ha controllato l'immissione in rete del materiale in oggetto, così rendendosi penalmente responsabile del reato specifico commesso da colui che ha immesso in rete il materiale, ma ex art. 40, cpv., c.p., cioè a dire per omesso impedimento dell'evento».

In questo caso, non si rinvencono particolari perplessità da parte dei primi commentatori circa l'esclusione, salvo ipotesi alquanto eccezionali, della responsabilità dell'operatore economico³⁵.

La ragione riposa essenzialmente nella liceità – e, genericamente, nell'utilità sociale – della condotta del prestatore del servizio³⁶.

In realtà, nei primi scritti in argomento, l'ipotesi in esame non pare ben definita. Nello specifico, si osserva che «l'utilizzazione dello schema della responsabilità concorsuale risulta invece consentita nelle ipotesi in cui sia dimostrabile che il *provider* abbia consapevolmente fornito l'accesso a dati illeciti da altri immessi in rete; situazione anche questa in grado di assumere una valenza assai limitata, a causa della difficoltà sia di provare il dolo del *provider* in riferimento ad un reato non ancora verificatosi, sia di derivare la sua responsabilità dalla consapevolezza sopravvenuta in ordine ad un reato già perfezionatosi nei suoi elementi essenziali»³⁷. Ciò non di meno, se non si vuole svincolare del tutto la prima considerazione (che apre ad una ipotetica responsabilità del *provider*), considerando, come di seguito sostiene l'A., il reato consumato con il primo caricamento del contenuto in rete, è necessario riferire l'approfondimento alle ipotesi di consapevole messa a disposizione del servizio per la commissione di specifici reati. D'altro canto, una conferma di tale lettura deriva da uno scritto di poco antecedente a quello richiamato, ove è lo stesso A. ad evidenziare che «un concorso all'altrui illecito può ammettersi solo nelle ipotesi in cui il collegamento in rete faccia capo ad un *server* centrale e sia positivamente dimostrata, rispetto a chi lo gestisce, la conoscenza dell'altrui intenzione

³⁵ Così, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 101 s.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 763 ss. Pur argomentando diversamente, pare pervenire alla medesima soluzione, qualora naturalmente il *provider* non abbia conoscenza – nemmeno a titolo di dolo eventuale – del contenuto da veicolare, L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss. Richiama entrambe le tesi, ricollegandole eventualmente ad una ipotesi omissiva, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 148 ss. Sul punto, si segnala altresì la posizione di V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1927, il quale ammette la possibilità che il fornitore possa rispondere per concorso commissivo qualora «presti la propria attività in favore degli utenti

della rete – fornitura di accesso (*network provider*, *access provider*), di servizi (*service provider*), ovvero altresì di contenuti (*content provider*) –, omettendo ogni possibile intervento finalizzato ad impedire la trasmissione di informazioni illecite, in virtù di un apposito accordo in tal senso con gli autori materiali delle condotte penalmente rilevanti». In tal caso, osserva l'A., «è evidente come la prestazione del servizio, in uno con l'«omissione» del comportamento dovuto, costituisce proprio l'apporto promesso agli altri concorrenti nella realizzazione del reato».

³⁶ Pone in evidenza la neutralità del servizio assicurato dal *provider*, tra gli altri, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 101. Nello stesso senso, F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 591 s. Ritiene invece che la qualificazione come «neutra» dell'attività del *provider* sia superabile in quanto «sopprimendo la loro attività non sarebbe possibile la realizzazione del fatto nelle medesime condizioni concrete» G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., p. 2527, la quale ritiene dunque necessario spostare l'attenzione sull'elemento soggettivo richiesto dal concorso. Si interroga sulla questione, negando la responsabilità del *provider* in forza del difficile accertamento del dolo (diretto), anche A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 149 s.

³⁷ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 750 s.

di commettere reati e, dunque, la volontà di agevolarne la realizzazione consentendo (o mantenendo) il collegamento»³⁸. E tale conclusione risulta altresì confermata dall'analisi della parte finale del contributo inizialmente richiamato: «in linea generale sembra doversi ammettere che, nel nostro sistema, un concorso del *provider* nella diffusione di materiali illeciti da terzi direttamente immessi sul *server* da lui gestito risulta attualmente ammissibile solo qualora egli abbia una previa consapevolezza dell'altrui intenzione di commettere uno specifico reato e dolosamente intenda agevolarne la realizzazione, ciò che ad esempio ricorre nel caso di offerte di materiali a contenuto tematico altamente specifico e immediatamente riconoscibile nel suo carattere antigiuridico»³⁹.

Benché la questione non abbia suscitato particolare interesse nei commenti più recenti – e ciò altresì a causa delle normative succedutesi sul tema –, a nostro avviso paiono almeno due i profili che, oggi come nel passato, impongono ora di ridurre, ora di escludere del tutto una siffatta forma di addebito concorsuale. Seppur attinente al profilo “soggettivo”, iniziamo l'analisi dal fattore “riduttivo” della responsabilità (l'oggetto del dolo), per poi passare a quello che dovrebbe escluderla, ovvero quello “oggettivo” (la liceità del rischio attivato dal *provider*).

Quanto al contenuto del dolo, non volendo prendere posizione sull'annosa disputa tra coloro i quali ritengono che oggetto di rappresentazione e volontà debba essere l'evento (nel caso in esame, il reato) connotato in tutti i suoi tratti storico-essenziali e chi ritiene sufficiente la rappresentazione di un evento in senso giuridico o, ancora, dell'evento “significativo”, quale «volontà del significato umano e sociale che il fatto possiede in rapporto alla tutela che l'ordinamento gli ha accordato»⁴⁰, mette conto evidenziare che, per quanto “generalizzato” nei propri connotati – cioè qualificato esclusivamente dagli elementi

³⁸ S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 102. Per converso, non opera distinzioni tra l'ipotesi della fornitura del servizio connotata dalla consapevolezza che per mezzo di esso verranno realizzati reati e quella di successiva diffusione del contenuto illecito L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 501 s.

³⁹ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 766.

⁴⁰ R. ORLANDI, *Sviamento del decorso causale e imputazione del reato*, cit., p. 18. Nella manualistica, sull'oggetto del dolo, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 397 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 430 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 307 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 376 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2020, pp. 315 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 262 ss.; R. BARTOLI, *Diritto penale. Elementi di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 160 ss.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 352 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023, pp. 249 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2024, pp. 407 ss.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2024, pp. 279 ss. Sul punto, anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, II ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 403 ss.

costitutivi della fattispecie di riferimento –, il dolo dovrebbe pur sempre venire riferito ad uno *specifico fatto tipico*, potendo altrimenti trovar spazio la figura del *dolus generalis*⁴¹. Non basterebbe, per fondare la responsabilità del *provider* in concorso con il materiale creatore del contenuto, considerare questi consapevole che il proprio servizio verrà utilizzato dall'utente per commettere reati. E nemmeno sarà sufficiente che questi possa essere a conoscenza dell'intenzione del privato di realizzare una particolare tipologia di illeciti (es. diffamatori o pedopornografici). Per sanzionarlo a titolo di concorso commissivo nel reato dell'utente, si dovrebbe richiedere al fornitore del servizio di essere quantomeno consapevole degli elementi *di fatto* rilevanti per l'integrazione della norma incriminatrice attenzionata⁴² (o, al più, del relativo rischio).

Così, valutando il conio di uno schema riferibile alla *imputazione mediata*, piuttosto che all'*autoria mediata*, con riguardo alla responsabilità dell'utilizzatore di sistemi di intelligenza artificiale che sfrutti, per commettere reati, l'autonomia propria di tali tecnologie, si evidenzia come «ove, per ipotesi, [il soggetto] determinasse solo il *genus* del reato, senza definire il *tempus* e il *modus* dell'illecito, non vi sarebbe modo di configurare una responsabilità dolosa a suo carico»⁴³.

Meriterebbe allora riflessione, a sommosso parere di chi scrive, il possibile scollamento tra l'oggetto della prevedibilità dolosa e colposa affiorante nei casi di c.d. *colpa distale* (differente dalla c.d. *colpa prossimale*)⁴⁴, che trova spazio quando a dover essere primariamente valorizzate siano regole cautelari assai distanti rispetto alla verifica dell'evento infausto, tipicamente “senza preavviso”⁴⁵. Per quanto si assista

⁴¹ Sulla nozione, per tutti, D. PETRINI, *Dolo*, cit., p. 370 s.

⁴² Anche «la soggettiva consapevolezza dell'alta probabilità che un evento illecito si verifichi non equivale affatto [...] alla concreta rappresentazione dello specifico evento illecito», viene osservato da F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. delle Società*, 2012, p. 344, in commento ad una pronuncia della Corte Suprema statunitense in tema di *willful blindness*.

⁴³ F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1035.

⁴⁴ Per una recentissima introduzione di questa terminologia, D. CASTRONUOVO, *Gestione “organizzata” del rischio di calamità. Colpa “distale” e “prossimale” alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *Arch. pen.*, 15 settembre 2025, p. 6 e *passim*.

⁴⁵ La circostanza è precisamente messa a fuoco dalla sentenza della Suprema Corte sul disastro di Rigopiano (Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2024, n. 9906). In commento alla pronuncia, M. CAPUTO, *Una questione di metodo: l'individuazione delle responsabilità penali nella tragedia dell'hotel “Rigopiano”*, in *Ius pen.*, 13 giugno 2025, pp. 1 ss.; D. CASTRONUOVO, *Gestione “organizzata” del rischio di calamità. Colpa “distale” e “prossimale” alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, cit., *passim*; F. CONSULICH, *Disastri evitabili e forme della colpa nell'organizzazione pubblica*, in *Cass. pen.*, 2025, pp. 2715 ss.; L. DELLA RAGIONE, *La sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *il Quotidiano giuridico*, 3 aprile 2025, pp. 1 ss.; D. QUARANTA, *Il problema non è la caduta (della valanga), ma l'atterraggio (del sistema di prevenzione): la Cassazione sul disastro di Rigopiano. Tra gestione (anticipata) del rischio ed esigibilità della*

ad un meritevole orientamento della giurisprudenza di legittimità volto a calare il giudizio di *prevedibilità colposa* astruendo dall'evento *hic et nunc* gli elementi *ripetibili* (in un certo qual modo *concretizzandolo*)⁴⁶, è evidente come l'oggetto di siffatto accertamento sia destinato ad allargarsi quanto più ci si trovi al cospetto di eventi "senza preavviso", tendenzialmente irripetibili, che, per loro natura, richiedono lo spostamento del *focus* su una *diligenza doverosa* che avrebbe dovuto essere ottemperata assai indietro nel tempo.

Indubitabile dunque che i casi di possibile responsabilizzazione penale del *provider*, sotto questo specifico profilo, vengano di fatto annullati, a maggior ragione se si considera che, almeno in via tendenziale, tale operatore opera con il fine di profitto, non con quello criminoso.

D'altra parte, va altresì precisato che, in coerenza con la tesi secondo cui il nesso di rischio dovrebbe assumere la funzione di vero e proprio elemento costitutivo del reato e con il suo ulteriore corollario, precedentemente sostenuto, implicante la valorizzazione del grado dell'offesa nella definizione del rischio valutabile, all'oggetto del dolo dovrebbe aggiungersi anche quest'ultimo profilo⁴⁷.

In tal guisa, per considerare il *provider* responsabile in concorso con l'utente, la sua consapevolezza, oltre agli elementi già richiamati, dovrebbe abbracciare anche le circostanze fattuali che connotano una nozione di rischio così tratteggiata. Ciò, si badi bene, non si sovrappone all'annosa disputa in merito alla necessaria (o meno) coscienza dell'offesa⁴⁸. Oggetto di rappresentazione devono essere i fattori che danno forma allo *specifico rischio tipico, che si distingue anche a seconda del grado di lesione*: esula dal discorso la diretta conoscenza del *significato lesivo* del comportamento.

Alla stregua di tali considerazioni, pare dunque ridursi grandemente la distanza tra le posizioni che hanno ritenuto necessario, per la configurazione di una responsabilità concorsuale, un dolo "particolarmente intenso" e quelle che, viceversa, hanno considerato ammissibile anche un'imputazione a titolo di dolo eventuale, ravvisando nell'esclusione di quest'ultima un mero duplicato dell'impostazione tedesca non

condotta doverosa, in *Sistema Penale*, 5, 2005, pp. 49 ss. Riferimenti alla sentenza compaiono anche in G.P. DEMURO, *L'agente modello, alla prova della giurisprudenza*, in *Sistema Penale*, 8 luglio 2025, pp. 7 ss., 14 ss. In relazione alla prova peritale, E. DE PAOLIS, *Prova scientifica e scorciatoie cognitive*, in *Arch. pen.*, 17 aprile 2025.

⁴⁶ Si rimanda, anche per gli utili riferimenti, all'analisi di L. TURCHETTI, *La descrizione dell'evento nel giudizio di prevedibilità: importanti puntualizzazioni dalla Corte di Cassazione. Considerazioni a margine di Cass., Sez. IV, 7 maggio 2024, n. 30616 (dep. 26 luglio 2024)*, in *DPEI*, 7 gennaio 2025, §§ 6 ss.

⁴⁷ Sul punto, si rimanda al Cap. I, § 10.3.

⁴⁸ In argomento, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 405 ss. Nella manualistica, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 417 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 309 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 379 ss.; D. PETRINI, *Dolo*, cit., pp. 371 ss.

altrettanto fondata nell'ordinamento italiano⁴⁹. Nel nostro caso, il dolo (anche eventuale) del fatto tipico verrebbe di fatto a contenere la conoscenza dello specifico contenuto illecito⁵⁰.

Ad ogni buon conto, l'argomento che a nostro avviso conduce ad escludere la responsabilità del *provider* per aver messo a disposizione del privato uno strumento successivamente utilizzato per commettere un reato – e ciò, si badi bene, a prescindere dalla consapevolezza e volontà (anche precisissime) dell'operatore economico in merito alla realizzazione dell'illecito – risiede nella assoluta liceità della sua azione.

Nel precedente Capitolo è stato dimostrato come, per assumere rilevanza penale, la condotta, colposa o dolosa, debba superare un livello di rischio accettato dall'ordinamento. Quand'anche intrinsecamente voluto, l'evento lesivo (o il reato da altri realizzato) non potrebbe essere imputato al soggetto che abbia mantenuto il proprio agire all'interno dei confini imposti dalla legge. Al netto naturalmente delle problematiche relative all'individuazione di tale soglia, l'agente non potrebbe essere rimproverato qualora la propria condotta si ponga in linea con quanto richiestogli dall'ordinamento. Questi avrebbe potuto attivare o aggravare un rischio successivamente concretizzatosi nell'evento (o, più in generale, nell'integrazione di un reato), ma se la propria condotta si rivela adeguata, l'evento (o il reato) non potrebbe essergli imputato. A questi fini, è necessario che, *ex ante*, il rischio attivato si riveli illecito e, *ex post*, che sia proprio questo a tradursi nell'evento. Ogni scostamento da tale principio si pone in attrito con una lettura dell'illecito compatibile con il *nullum crimen, sine culpa*⁵¹.

Poco importa poi se si voglia considerare l'agire doloso qualitativamente incompatibile con il rischio colposo o se si preferisca considerare quest'ultimo alla base anche del rischio doloso. Ciò che rileva è che l'intrinseca volontà di cagionare l'evento lesivo, quando non si tramuti in un *modo* di agire travalicante gli argini del rischio consentito, non consente di rimproverare tale individuo: la sua condotta, per quanto *soggettivamente* riprovevole o immorale, non si rivela *oggettivamente* tipica⁵².

⁴⁹ Il riferimento è alle posizioni di S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 101 s., quanto alla prima soluzione: l'A. parrebbe infatti bilanciare la *neutralità* del contributo dell'ISP con la richiesta di un dolo particolarmente intenso; a quella di L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 502 ss., in relazione alla seconda. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. *infra*, nt. 175.

⁵⁰ Ridimensiona la portata del problema, pur argomentando diversamente, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 152 s.

⁵¹ Cfr. *supra*, Cap. I, § 10.2.

⁵² Cfr. *supra*, Cap. I, § 10.4.2.

I casi, già esposti in dottrina, del soggetto che convive con il tossicodipendente e del venditore d'armi risultano risolutivi per sciogliere ogni dubbio in merito alla responsabilità del fornitore del servizio, sotto questo specifico angolo visuale.

i) Caso del convivente del tossicodipendente.

«Francesca convive con un tossicodipendente. Sa bene dove finiranno i soldi che gli passa o gli presta. Sa anche che il partner spaccia per procurarsi la droga. La sua convivenza, però, sarà anche connivenza, ma non diventa complicità se non si distacca dal livello di condotte della vita quotidiana “neutrali” e ordinarie, per orientarsi più specificamente verso un contributo intenzionale o diretto a una determinata condotta tipica»⁵³. E a nulla potrebbe valere l'eventuale sostegno recepito dal tossicodipendente alla propria attività, in quanto mai frontalmente avversata da Francesca. Il comportamento tenuto da quest'ultima, benché di fatto alimentante l'attività criminosa del compagno, non potrebbe mai assurgere a complicità.

ii) Caso dell'armaiolo.

Tizio, venditore d'armi, cede regolarmente una pistola, pur essendo perfettamente a conoscenza che il proprio acquirente la utilizzerà per uccidere. «In un caso come questo, l'armaiolo non ha nessuna “posizione di garanzia” rispetto alla libera decisione dell'acquirente. Non risponde del fatto di lui, che resta un “fatto altrui” rispetto alla sua condotta pur consapevole e causalmente rilevante. Il rischio che attiva è, per lui, consentito, non è illecito, mancando un nesso di rischio più profondo e specifico che trasformi il suo atto in una complicità. E ciò vale, beninteso, anche qualora aderisse psicologicamente all'omicidio, anche se facesse sua, però solo interiormente, l'intenzione dell'acquirente (senza “rafforzarne” o agevolarne ulteriormente la condotta). Non ci può essere, dunque, né responsabilità colposa, né dolosa in capo al venditore, né a titolo monosoggettivo, né di concorso»⁵⁴.

Corrispondentemente, il fornitore del servizio *Internet* o *in Internet* non potrà essere rimproverato per la sola concessione all'utente dello strumento da questi utilizzato per soddisfare i propri fini criminosi, naturalmente in assenza di qualsivoglia ulteriore contributo, morale o materiale. E tale risultato non potrebbe essere rivisto qualora si venisse a scoprire che l'operatore economico fosse perfettamente a conoscenza dei propositi criminosi del privato o che, finanche, intrinsecamente sperasse nella realizzazione dell'illecito, che avrebbe portato visibilità e introiti ulteriori alla piattaforma, effettivamente realizzati. Il suo contributo rimane confinato nell'ambito nel rischio consentito e, perciò, si

⁵³ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 129. Altri esempi, che conducono ai medesimi risultati, vengono enucleati da M.F. CARRIERO, *L'Ingerenz-theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 996.

⁵⁴ M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 647 s.

rivela sempre e comunque *atipico*⁵⁵, anche ai sensi del “moltiplicatore di fattispecie” di cui all’art. 110 c.p.⁵⁶.

2.2.3. *L’ulteriore diffusione del contenuto illecito assicurata dal provider*

Dall’approfondimento della questione che attrae le maggiori divergenze interpretative – quella del contributo successivo al caricamento dell’informazione – emerge un duplice postulato:

i) il mantenimento della disponibilità di un contenuto sul proprio *server* potrebbe astrattamente configurare una *responsabilità concorsuale di stampo attivo*;

ii) al contempo, però, l’omessa rimozione del contributo (o l’omissione consistente nel non averlo reso inaccessibile), una volta che se ne sia avuta conoscenza, dovrebbe essere inquadrata nel *paradigma concorsuale omissivo*⁵⁷.

Lasciando per il momento da parte tali aspetti, forieri di evidenti irragionevolezza esegetiche – la qualificazione attiva o omissiva della condotta verrebbe infatti ricavata a partire dal diverso angolo visuale alla base dell’analisi di una medesima situazione fattuale –, occorre premettere come sia principalmente la differente individuazione del momento consumativo del reato commesso dall’utente ad allontanare le posizioni dottrinali elaborate in merito alla possibile responsabilizzazione penale dell’ISP.

⁵⁵ A diversi approdi si dovrebbe giungere invece qualora il *provider* travalichi i margini imposti dall’ordinamento per l’esercizio di una determinata attività. Lo rileva puntualmente, sebbene con riguardo allo specifico settore pedopornografico, V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 177, che considera invocabile una responsabilità a titolo concorsuale del *provider* sempreché si riesca a raggiungere la prova dell’efficacia impeditiva delle misure richieste dall’ordinamento.

⁵⁶ L’attributo è tratto da D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012, p. 14, successivamente, e più diffusamente, giustificato in ID., *La mappa dell’impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, 2, pp. 11 ss. Per una compiuta indagine in argomento, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁵⁷ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 763 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss.; B. PANATTONI, *Gli effetti dell’automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 40. Chiaro, in proposito, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1206 ss., il quale osserva come la liceità di base dell’attività del *provider* non possa che implicare una sua responsabilizzazione a titolo concorsuale omissivo. Riconduce siffatta ipotesi al paradigma attivo di responsabilità concorsuale, invece, V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 182.

i) Secondo una prima opinione, dovendosi individuare tale istante in quello dell'attivazione del collegamento con il contenuto illecito – che, di fatto, almeno nella maggior parte dei casi, coincide con quello del suo caricamento in rete –, verrebbe vanificato il tentativo di rimprovero “successivo” del fornitore del servizio; e ciò quand’anche questi ne abbia ottenuto conoscenza certa⁵⁸.

«Una volta ammesso che i reati (di condotta) fondati su verbi modali come diffondere, divulgare ecc. si consumano nel momento in cui i contenuti illeciti sono resi accessibili da parte del loro autore, una partecipazione del *provider* non può ravvisarsi né nel successivo mantenimento della disponibilità in rete di quei contenuti, né nella loro omessa cancellazione, in entrambi i casi trattandosi di condotte susseguenti la già avvenuta realizzazione del reato»⁵⁹.

ii) Alla stregua di una differente impostazione, successivamente approfondita, l'ulteriore diffusione del contenuto illecito dovrebbe fondare una legittima responsabilità del fornitore del servizio, proseguendo ed approfondendo l'offesa al bene giuridico tutelato⁶⁰.

D'altro canto, il *provider*, reso edotto dell'illiceità commessa dall'utente, non potrebbe trincerarsi dietro la liceità del servizio da egli espletato.

Così, si osserva che «sulla base dei comuni principi in materia di dolo e di concorso di persone nel reato, nulla sembra infatti ostare all'affermazione di una sua responsabilità penale per i reati posti in essere tramite i mezzi e “servizi” da lui *consapevolmente*, pur se con diverso fine, forniti»⁶¹.

Quanto invece all'*adeguatezza* dell'azione tenuta dal fornitore del servizio, viene chiarito che, «al pari di quanto accade per qualsiasi attività d'impresa, di commercio o, ad es., trasporto – beninteso: allorché l'imprenditore sia o divenga consapevole della qualità o provenienza illecita, ad es., della merce detenuta, posta in vendita o trasportata, sia pur dopo la sua ricezione ed anche dopo l'inizio inconsapevole dell'attività

⁵⁸ Cfr. S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 101 s.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 764 ss. L'impostazione viene successivamente ripresa, tra gli altri, da F. RUGGIERO, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 593; A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1625; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 18; S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 2020, 3, p. 164 s.

⁵⁹ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 765 s.

⁶⁰ La tesi, già in nuce ravvisabile in L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss., viene successivamente ampliata, ad es., in ID., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., pp. 89 ss. Nello stesso senso, B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 50 s.

⁶¹ L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 502.

ritenuta legale – la generale liceità od “adeguatezza sociale” del servizio o delle attività stesse non potranno certo scriminarlo, né impedire che la *singola* condotta o prestazione, pur scaturita in un contesto lecito, divenga penalmente rilevante, *in quanto* concerna poi “oggetti” illeciti, dato che egli diviene consapevole strumento di un rapporto di “utilizzo” vietato dal diritto, alla stregua delle disposizioni incriminatrici del nostro codice (ad es. in materia di diffamazione, diffusione di immagini oscene, ecc.)»⁶².

Oltre all’approfondimento dogmatico che una cosciente presa di posizione sulla questione impone, su cui si tornerà a tempo debito⁶³, ci paiono almeno due i punti essenziali sui quali occorre, a questo iniziale stadio, soffermare l’attenzione.

a) Il primo è che – a modesto parere di chi scrive – ritenere un illecito consumato nel momento del suo primo caricamento in rete comporta lo svilimento delle peculiarità delle diverse piattaforme *online* e, conseguentemente, semplifica eccessivamente, oggi come allora, lo sviluppo dell’offesa realizzata attraverso lo strumento digitale.

Già si è ampiamente osservato come lo *spazio* di caricamento del contenuto incida profondamente sull’entità e sul moto dell’offesa: altro è pubblicare un contenuto illecito in un portale visitato da migliaia di utenti, altro è caricarlo in un sito che conta pochi visitatori al giorno, al mese o all’anno⁶⁴.

Inoltre, va considerato che non tutti i gruppi o i portali idonei a fare da sfondo alla commissione di un reato potrebbero essere accessibili a chiunque. Così, l’internauta che ripubblichi o riporti informazioni illecite all’*esterno* del cerchio di soggetti selezionati ne amplierebbe evidentemente la diffusione, rendendole accessibili anche a soggetti ulteriori rispetto a quelli inizialmente selezionati.

Da ultimo, mette conto rilevare che, in misura proporzionalmente diretta all’evolversi della tecnologia, il numero di visualizzazioni e di ripubblicazioni dei contenuti costituenti reato accresce la notorietà e la proliferazione degli stessi. In passato, ciò avveniva con modalità che esulavano dall’intrinseco funzionamento dello strumento digitale: il “passaparola” attraeva ulteriori visitatori; oggi è la stessa peculiarità del mezzo digitale che, per rendere più “attraente” il servizio, amplifica il numero di consultazioni di informazioni considerate d’interesse, facendole apparire più spesso o in forma maggiormente immediata nelle schermate degli utenti.

⁶² L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 502.

⁶³ Cfr. *infra*, Cap. IV.

⁶⁴ Cfr. *supra*, Cap. I, § 9.

Breve: non è coerente con le peculiarità delle comunicazioni via *Internet* considerare un illecito consumato mediante la sua prima apparizione su qualsivoglia canale connesso in rete, in tal guisa ritenendo irrilevanti le sue successive ripubblicazioni o diffusioni, anche su piattaforme diverse e in prima battuta non coinvolte. La ripubblicazione di contenuti in rete, da considerarsi come ipotesi di autoria o di concorso a seconda del grado di autonomia che essa riveste⁶⁵, in uno con la diffusione del contenuto correlata al crescente numero di visualizzazioni, cagiona o approfondisce la lesione provocata dall'illecito.

Se così è, il mantenimento del contenuto illecito in rete da parte del *provider* che ne sia venuto effettivamente a conoscenza, permettendone l'ulteriore diffusione, risulta strumentale alla nuova realizzazione ora di autonomi reati, ora di aggiuntivi segmenti di condotte concorsuali. Non si vede dunque ragione, almeno a questo primo grado di approfondimento, per non responsabilizzarlo.

D'altra parte, non pare cogliere nel segno la considerazione secondo cui non potrebbe essere attribuito «rilievo alla pur contestata distinzione tra perfezione e consumazione del reato [...] poiché il ripetuto passaggio del testo attraverso altri *servers* o altri computer, come conseguenza della sua immissione in rete, si presenta come l'automatico svolgimento di un'azione di diffusione o distribuzione già conclusasi, sottratto alla signoria del soggetto agente»⁶⁶. E ciò per la semplice ragione che tale passaggio ben potrebbe essere interrotto dalla cancellazione del contenuto da parte del proprio autore. Qualora ciò non fosse possibile, verrebbe a configurarsi un nuovo e autonomo illecito, realizzato dal soggetto che abbia ripubblicato il relativo contenuto, evidentemente permesso dalla mancata rimozione del contenuto da parte dell'ISP.

b) Il secondo punto, forse ancor più interessante, risiede nella sostanziale convergenza delle opinioni suesposte relativamente all'inquadramento di siffatta forma di censura nel paradigma commissivo⁶⁷.

Per un verso, si ritiene ammissibile una responsabilità del *provider* – al netto delle problematiche relative al momento consumativo – per aver contribuito, anche attraverso la mancata rimozione del contenuto, alla diffusione dello stesso. Per altro verso, si qualifica la

⁶⁵ Alla stregua di quanto sopra evidenziato, dovrebbero essere inquadrate nel paradigma concorsuale le ripubblicazioni di contenuti in una medesima piattaforma ove l'iniziale *uploader* conserva la possibilità di rimuovere il contenuto, in grado di travolgere anche tutte le successive pubblicazioni. Dovrebbe essere invece considerata quale ipotesi di autoria la ripubblicazione di un determinato contenuto che, benché identico a quello per primo caricato, ne svincoli da esso le proprie sorti (si pensi, in ipotesi, al copia-incolla di determinati scritti su una medesima o una diversa piattaforma).

⁶⁶ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 765 s.

⁶⁷ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., *passim*; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss.

sua eventuale “mancata censura” nel paradigma di responsabilità concorsuale omissiva⁶⁸. Ciò di cui non ci si avvede, però, è che, in questo modo, si costruisce un automatismo evidentemente in contrasto con il principio, costituzionalmente tutelato, di colpevolezza.

Procediamo con ordine. Seconda questa teoria, il prestatore del servizio dovrebbe rispondere in concorso *commissivo* con l’utente in quanto avrebbe fornito un contributo strumentale (o comunque causalmente rilevante) alla successiva diffusione dell’illecito. Poco importa se, ad avviso di parte della dottrina, tale forma di addebito dovrebbe considerarsi pressoché irraggiungibile; e ciò in quanto l’illecito si sarebbe consumato mediante il primo caricamento: la qualificazione *attiva* dell’apporto del *provider* non viene posta in discussione.

L’attività originariamente lecita del *provider* si convertirebbe in attività illecita una volta che questi avesse avuto conoscenza del contenuto, ben potendo così fondare una responsabilità penale a suo carico (in concorso con l’utente).

Ebbene, tali argomentazioni omettono di considerare che il *provider* non avrebbe modo di escludere la propria responsabilità una volta avuta conoscenza dell’illecito (già perfezionato al momento del caricamento del contenuto da parte del terzo-utente). Il fornitore del servizio verrebbe di fatto sanzionato per aver esercitato un’attività economica rischiosa, ma consentita, che si converte in una condotta illecita nell’istante della scoperta del reato (del terzo-utente). La consapevolezza della commissione dell’illecito determinerebbe in via automatica la responsabilità del prestatore del servizio. Infatti, la rimozione dell’informazione illecita o il suo oscuramento, richiederebbero, secondo la visione tradizionale, la sussistenza di una posizione di garanzia in capo all’operatore economico⁶⁹.

Evidenti le ricadute dell’impostazione approfondita: inquadrando l’unica prestazione contraria alla messa a disposizione del servizio nell’ambito della responsabilità per omissione, benché concorsuale, verrebbe a dissolversi qualsivoglia sua possibilità di andar esente dalla sanzione penale. Non si tratta qui nemmeno di valutare un’eventuale

⁶⁸ Eloquente, in proposito, l’affermazione di L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 504, il quale, dopo aver ritenuto ammissibile una responsabilità per concorso commissivo, nel senso esplicitato nel testo, evidenzia che «una chiara delimitazione delle situazioni, in cui il *Provider* deve interrompere il proprio “contributo” alla realizzazione di illeciti da parte di terzi operanti nella rete, o addirittura impedirli attivamente, può provenire solo da un’apposita regolamentazione normativa della materia, che tenga conto delle peculiarità e difficoltà anche tecniche del settore».

⁶⁹ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 759 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss.

esigibilità del comportamento alternativo lecito da parte del concorrente⁷⁰: la censura discenderebbe direttamente dall'aver esercitato un'attività economica non solo consentita, ma altresì funzionale a garantire diritti costituzionalmente e convenzionalmente tutelati: tra tutti, il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.; art. 11 CDFUE, art. 10 CEDU)⁷¹.

2.3. Le ipotesi di concorso omissivo

Approfondendo l'iniziale modello di regolamentazione tedesco, di fatto ridotto all'entrata in vigore dell'art. 5 della l. 22 luglio 1997 sui servizi di informazione e di comunicazione (*IuKDG*), la dottrina italiana si è interrogata ora sugli effetti che il trapianto

⁷⁰ Sulla coerenza del richiamo alla "esigibilità" nel caso in esame, G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, cit., pp. 426 ss. Riempie la definizione di tale concetto con sfumature di *tipicità*, richiamando ora la svalutazione, nei contesti plurisoggettivi, dei processi motivazionali-soggettivi, ora la necessità di integrare la nozione di "esigibilità" con parametri di capacità economica e tecnica del singolo, V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 187. Fondamentali, in argomento, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, e, con specifico riguardo all'analisi del reato colposo, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 462 ss.; ID., voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 226 ss. In argomento, da ultimo, S. PRANDI, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, pp. 1035 ss., cui si rinvia anche per una recente rassegna bibliografica e D. QUARANTA, *Il problema non è la caduta (della valanga), ma l'atterraggio (del sistema di prevenzione): la Cassazione sul disastro di Rigopiano, tra gestione (anticipata) del rischio ed esigibilità della condotta doverosa*, in *Sistema Penale*, 2025, 5, pp. 70 ss., per un approfondimento della misura soggettiva della colpa nel disastro di Rigopiano. Su quest'ultimo punto, però, con note critiche, anche D. CASTRONUOVO, *Gestione "organizzata" del rischio di calamità. Colpa "distale" e "prossimale" alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, cit., pp. 29 ss.

⁷¹ In questo senso si pone l'opinione del giudice Dalzell nella pronuncia della Corte distrettuale della Pennsylvania dell'11 giugno 1996 nel caso *Aclu et al. vs. Reno et al.* Nello specifico, censurando il *Telecommunications Act* statunitense, che aveva posto sanzioni penali a carico di chiunque diffondesse o agevolasse la diffusione a minorenni di comunicazioni oscene via *Internet*, lo stesso giudice conclude: «sfoltendo gli acronimi e le espressioni gergali di cui erano piene le deposizioni, si può realisticamente definire *Internet* come una conversazione mondiale che non finisce mai. Il governo non può, attraverso il CDA, interrompere quella conversazione. In quanto è la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata, *Internet* merita la più intensa protezione da ingerenze governative. È vero che taluni possono ritenere che talune forme di comunicazione su *Internet* sono offensive, e nel frastuono del ciberspazio molti sentono voci discordanti che considerano oscene. L'assenza di regolamentazione governativa del contenuto di *Internet* sicuramente ha prodotto una sorta di caos. Ma come uno dei consulenti dei ricorrenti ha detto nel corso delle deposizioni, il successo di *Internet* è dipeso dal caos che esso ha creato. La forza di *Internet* è quel caos. Così come la forza di *Internet* è il caos, così la forza della nostra libertà dipende dal caos e dalla cacofonia delle manifestazioni di pensiero che il I Emendamento protegge. Per queste ragioni ritengo senza esitazioni che il CDA è, *prima facie*, costituzionalmente illegittimo» (Corte distrettuale della Pennsylvania, 11 giugno 1996, *Aclu et al. vs. Reno et al.*, in *Dir. inf e informatica*, 1996, pp. 604, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso «Internet»*).

di tale normazione avrebbe potuto comportare a livello nazionale, ora, più in generale, sulla possibilità di rinvenire nel nostro ordinamento un obbligo di impedimento del reato – si badi bene: una volta a avuta conoscenza del contenuto illecito – orientato alla cancellazione del contenuto dal proprio *server*⁷².

Nello specifico, l'art. 5 *IuKDG* prevedeva che “1. I fornitori di servizi sono responsabili secondo le leggi generali dei propri materiali da essi resi disponibili. 2. I fornitori di servizi sono responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se hanno conoscenza dei loro contenuti e sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità. 3. I fornitori di servizi non sono responsabili dei materiali altrui ai quali essi hanno fornito solo l'accesso. Un'automatica e di breve durata ritenzione di materiali altrui, conseguente alla richiesta di utenti, va intesa come fornitura di accesso. 4. Qualora, nel rispetto della riservatezza delle comunicazioni a distanza di cui al §85 della legge sulle telecomunicazioni, il fornitore di servizi acquisisce conoscenza di contenuti illeciti e una chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile, rimangono salvi, secondo le leggi generali gli obblighi di impedimento della disponibilità di tali materiali”.

Ebbene, siffatta normazione, considerata meramente ricognitiva dei principi generali in Germania, non sarebbe stata tale – si è detto – qualora introdotta nell'ordinamento italiano⁷³. Alla stregua degli orientamenti dottrinali maggiormente diffusi nel panorama nazionale, non è stato considerato replicabile il dovere di impedire l'accesso ai contenuti illeciti da parte dell'*hosting provider* che ne fosse stato reso edotto in assenza di una specifica normativa corrispondente al comma 2 dell'art. 5 *IuKDG*⁷⁴.

In primo luogo, è stato osservato come una posizione di garanzia, ai sensi del 40 cpv. c.p., sia concepibile in relazione a reati d'evento, non rispetto a quelli di mera condotta, di gran lunga prevalenti in questo settore⁷⁵.

⁷² Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 759 ss.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service providers in internet*, cit., pp. 383 ss., che apprezza l'esenzione di responsabilità garantita all'*access provider*. In commento alla disciplina tedesca, anche U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1206 ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 150 s.; G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, cit., pp. 425 ss.

⁷³ Così, S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 763.

⁷⁴ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., pp. 763 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 504 s. Siffatto dovere viene escluso anche con riguardo all'ordinamento tedesco, prima dell'entrata in vigore dell'art. 5 *IuKDG*, da U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1208 ss.

⁷⁵ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 764; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 147 s.; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., p. 2527; D. PETRINI,

In secondo luogo, si è rilevato come, qualificandosi tipicamente quali reati a consumazione istantanea, l'inerzia del *provider* avrebbe potuto esclusivamente attenuare gli effetti del reato, non impedirne la consumazione, anche parziale⁷⁶.

In terzo luogo, sono state ricordate le opinioni dottrinali che ammettono la configurabilità di posizioni di controllo esclusivamente con riguardo alla tutela di beni primari, quali vita, salute e integrità fisica, tendenzialmente esulanti dalla platea dei reati realizzabili via *Internet*; così come quelle che riducono le posizioni di garanzia in relazione all'impedimento di reati di terzi all'impossibilità di questi di far fronte scientemente al proprio operato, ovvero alla sussistenza di un potere giuridico di impedimento dell'illecito: circostanze entrambe ritenute non ravvisabili nel caso in esame⁷⁷.

Invero, una parte di dottrina ravvisava, già *de lege lata*, il fondamento dell'obbligo di impedimento del reato, ai sensi del 40 cpv c.p., nell'ampia definizione di attività di "trattamento" dei dati personali di cui art. 1, comma 2, lett. b, l. 675 del 1996⁷⁸, oggi sostituita (e ancora allargata) dall'art. 4, n. 2, del Regolamento UE 2016/679⁷⁹, naturalmente per quegli illeciti che sarebbero stati impediti mediante i presidi deputati a gestire correttamente tali informazioni. Nello specifico, veniva osservato che «l'esigenza di controllo della fonte di pericolo, rappresentata dal "trattamento" dei dati personali (anche) in reti aperte, per la tutela dei beni giuridicamente rilevanti indicati dall'art. 1 comma 1 l. n. 675 del 1996, giustifica [...], già *de jure condito*, un'articolata imposizione di obblighi anche strumentali, su coloro che professionalmente operano e forniscono

La responsabilità penale per i reati via internet, cit., p. 163; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1928 s.

⁷⁶ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 764; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1929. Nella dottrina più recente, G.P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.*, 23 maggio 2017, p. 12 s.; S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 373.

⁷⁷ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 764 s. Analogamente, F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 592; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1928; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 13. In termini più sfumati, anche D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 156 s., il quale ritiene però di seguito preferibile la tesi che limita la posizione di garanzia alla tutela dei beni vita e integrità personale (p. 163).

⁷⁸ Siffatta disposizione, infatti, prevedeva che si dovesse considerare "trattamento": "qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati".

⁷⁹ La norma definisce "trattamento": "qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione".

servizi nel settore: ovviamente, nei limiti in cui abbiano (o debbano avere, quale onere anche giuridicamente rilevante, per l'esercizio della loro attività, certo legittima e socialmente utile, ma non per questo priva di rischi per gli interessi altrui) un indubbio dominio tecnico-organizzativo sulla predetta "fonte di pericolo"»⁸⁰.

Salvo per queste eccezionali ipotesi – per le quali peraltro potrebbero sollevarsi dubbi in merito alla corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello realizzatosi nel reato, appoggiandosi la posizione di garanzia su una normativa che non è volta ad impedire genericamente reati via *Internet*, quand'anche causalmente ad essa correlati, e da cui potrebbero derivare incertezze anche in merito all'individuazione del soggetto responsabile⁸¹ – si conclude dunque per l'insussistenza, nel nostro ordinamento, di un generale obbligo di rimozione dei contenuti illeciti da parte del *provider* una volta che questi ne sia venuto a conoscenza. In tal guisa, si esclude che il fornitore del servizio possa essere chiamato a rispondere in concorso omissivo con il privato⁸².

La questione, a nostro avviso, si rivela però malposta. L'obbligo di rimozione del contenuto illecito da parte del *provider* non dovrebbe derivare da una specifica norma a fondamento di una posizione di garanzia, bensì essere ricavato dall'assunto – peraltro condiviso – della possibile responsabilizzazione del prestatore del servizio in via concorsuale commissiva: per aver consapevolmente consentito l'ulteriore diffusione dell'informazione vietata.

In effetti, pur conservando un indubbio profilo *reattivo*, tipico dell'omissione, tale condotta si erge a unico rimedio (*rectius* a unica condotta alternativa lecita) per evitare una responsabilità che discenderebbe immediatamente e automaticamente nel momento della conoscenza dell'illecito.

Parimenti a quanto avviene in ambito colposo, ove ci si chiede quale fosse il comportamento alternativo lecito che avrebbe tenuto l'agente modello, anche in ambito

⁸⁰ L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 504. In senso critico, F. RUGGIERO, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 595 s.

⁸¹ La considerazione richiama la distinzione tra causalità e imputazione, sulla quale si rimanda, con i dovuti adattamenti, a F. CONTRI, *Nesso di rischio "prevalente" e delitti contro l'incolumità pubblica*, in *Leg. pen.*, 19 aprile 2025, *passim*.

⁸² Emblematica la conclusione di L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 505, il quale, dopo aver ravvisato il possibile fondamento della posizione di garanzia nella disciplina relativa al trattamento dei dati personali, osserva che, «essendo, però, ovviamente precluso il ricorso all'analogia in materia penale, al di fuori di dette norme in materia di privacy sembra allo stato difficile individuare altri specifici obblighi giuridici d'impedimento facenti capo al Provider, che pur non dovendo essere necessariamente stabiliti in modo formale dalla legge, devono trovare in essa per lo meno un fondamento, come richiesto dalla natura normativa della responsabilità per omissione».

doloso occorre individuare la condotta doverosa, violata dal destinatario del rimprovero. Nella maggior parte dei casi tale giudizio rimane sottinteso, riponendosi nell'aver dolosamente violato una norma-divieto (nell'aver cioè tenuto volontariamente un comportamento vietato). Nel caso in esame, tuttavia, l'attività svolta dall'operatore economico rientra nei parametri di liceità predisposti dall'ordinamento: risulterebbe incompatibile e con il principio di responsabilità per fatto proprio e con quello di colpevolezza sottoporlo a biasimo penale sol perché i propri servizi sono stati a sua insaputa strumentalizzati per commettere un reato.

Delle due, quindi, l'una: o si considera del tutto irresponsabile il *provider*, benché a conoscenza che tramite i propri mezzi comunicativi si sta realizzando un reato poiché esercitante un'attività socialmente adeguata, ovvero si dovrà ravvisare una condotta alternativa lecita che consenta a quest'ultimo di non incorrere in responsabilità penale incolpevolmente.

Come si avrà modo di vedere, risultando la prima soluzione insostenibile, tramutandosi il rischio lecito in illecito una volta che sia intervenuta la commissione del reato, l'unica via per escludere una responsabilità del prestatore del servizio automatica e incompatibile con il principio di colpevolezza, elaborato (anche) in relazione ad un caso in larga parte analogo⁸³, è quella di consentire a quest'ultimo di liberarsi precludendo l'accesso al contenuto illecito di cui è venuto a conoscenza.

Breve: siffatto contro-rimedio ad una attività inizialmente lecita si giustifica e alla luce dell'inquadramento della responsabilità del prestatore nel paradigma concorsuale attivo⁸⁴, e alla stregua dell'inesigibilità di una condotta volta a prevenire, *ex ante*, la commissione di reati in rete. Proseguiamo dunque con l'analisi di quest'ultimo profilo.

2.4. *Le ipotesi di autoria omissiva*

Così come nei casi di autoria commissiva, un altro approdo assolutamente condiviso dai primi interpreti, e per vero mai posto successivamente in discussione, si ravvisa

⁸³ Il riferimento è a Corte Cost., 30 novembre 1999, n. 1085, sul furto d'uso.

⁸⁴ Sul punto, si tornerà diffusamente al Cap. III.

nell'impossibilità di individuare una posizione di garanzia volta, *ex ante*, a prevenire i reati realizzabili in rete⁸⁵.

Al netto delle ragioni sviluppatesi a partire dal varo della specifica disciplina nazionale ed europea in argomento⁸⁶, su cui si tornerà in seguito, è stata segnatamente l'impossibilità (tecnica e giuridica) di sottoporre a sindacato preventivo ogni contributo caricabile dall'utente la ragione che ha portato ad escludere una siffatta ipotesi di responsabilità (omissiva) del prestatore del servizio⁸⁷.

Sul piano giuridico, si è osservato come il controllo delle comunicazioni tra utenti, violandone la riservatezza, potrebbe ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 616 c.p. Certo, ove tali informazioni fossero destinate ad essere diffuse nel *web*, tale obiezione perderebbe il proprio significato⁸⁸. Ciò non di meno, rimarrebbe ferma per il prestatore del

⁸⁵ Sulla predisposizione di una posizione di garanzia fondata sull'obbligo di impedimento di reati altrui, con specifico riguardo alla responsabilità dei *providers*, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1216 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 765; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 147 s.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 159 ss., benché con riguardo alle ipotesi concorsuali.

⁸⁶ Il riferimento è alla direttiva CE 2000/31 e al d. lgs. 70/2003.

⁸⁷ Cfr. U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1208 ss.; S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 100; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 764; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 151; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 591 s. In seguito al varo della direttiva CE 2000/31 e del d. lgs. 70/2003, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 164; G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 49 s.; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., p. 782 s.; V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., pp. 1931 ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 27; B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: Obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2018, p. 250; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 12. Approfondendo l'esegesi delle norme contro la pedopornografia, sposta condivisibilmente l'attenzione sul profilo attivo e strumentale della condotta del provider rispetto alla commissione di reati altrui V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., pp. 180 ss. e nt. 37, la quale osserva che «il superamento del rischio consentito, in conseguenza della mancata adozione delle misure di filtraggio, non determina, tuttavia, la trasformazione di una condotta attiva di fornitura di servizi di connessione in una omissiva, sebbene l'accertamento risulti fortemente condizionato dal profilo omissivo su cui si costruisce la tipicità» (p. 180).

⁸⁸ Cfr. S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 99 s. L'argomento è ripreso anche da F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 591, da V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 19232 e da A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 27. Valuta una possibile lesione della riservatezza degli utenti anche V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 182.

servizio l'assenza di qualsivoglia obbligo giuridico volto ad impedire la commissione di reati realizzati per suo tramite⁸⁹.

Sul piano tecnico, la soluzione viene tradizionalmente giustificata alla luce dell'imponente mole di dati costantemente caricati dagli utenti, il cui vaglio, oltre ad essere *inesigibile*, rallenterebbe la trasmissione delle informazioni via *Internet* e, quindi, l'attrattività dei servizi⁹⁰.

Inoltre, almeno per i fornitori di servizi di accesso o memorizzazione di media durata di dati, si osserva come la conformazione reticolare del *web* lascerebbe invariata la possibilità di accedere ugualmente al contenuto caricato sul server finale, dovendosi così escludere il *potere (fattuale, prima che giudico) di impedimento dell'illecito*⁹¹.

D'altro canto, parrebbero proprio le richiamate argomentazioni ad aver condotto il legislatore tedesco a concentrarsi sulla eventuale responsabilizzazione dei soli fornitori dei servizi di *hosting*, parimenti escludendo un eventuale sanzione per *access e caching providers* in relazione a contenuti veicolati da terzi⁹².

A ciò si aggiunge, infine, che la predisposizione di un ipotetico vaglio preventivo automatizzato da parte del *provider* incentrato sulla ricerca di parole chiave potrebbe operare esclusivamente in relazione agli scritti e recherebbe con sé il rischio – già sperimentato – di censurare testi dal contenuto assolutamente lecito⁹³. Naturalmente, al giorno d'oggi, l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale potrebbe ampliare l'oggetto del

⁸⁹ Tra i molti, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 99; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 504 s.; F. RUGGIERO, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 591.

⁹⁰ Così, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 164 ss. Gli argomenti contrari alla responsabilizzazione penale per il prestatore del servizio, soprattutto alla luce dell'impossibilità di ricavare una posizione di garanzia in capo allo stesso, sono compendati in L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, cit., pp. 380 ss.

⁹¹ Così, con i dovuti adattamenti, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 100; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 757 ss. Sul punto, diffusamente, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1218 ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 28. Aggiunge che, anche qualora gli ISP italiani si conformassero ad un tale obbligo, il contenuto potrebbe essere reso accessibile da operatori esteri D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 183.

⁹² L'art. 5, comma 3, *luKDG* prevede infatti che "I fornitori di servizi non sono responsabili dei materiali altrui ai quali essi hanno fornito solo l'accesso. Un'automatica e di breve durata ritenzione di materiali altrui, conseguente alla richiesta di utenti, va intesa come fornitura di accesso".

⁹³ Cfr., anche per rimandi ad esempi concreti, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 99; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 756 s. In senso analogo, anche F. RUGGIERO, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 590. Richiama l'argomento anche B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 41.

controllo anche alle immagini, ai video, ai suoni e a qualsiasi altro contenuto multimediale, anche se, come noto, il concreto rischio di incorrere in violazioni ingiustificate di diritti fondamentali (primo tra tutti, la libertà di manifestazione del pensiero) non pare affatto escludibile a priori.

Sul punto, andrebbe inoltre considerato che il gestore del *provider*, mediante l'utilizzo di strumenti di controllo automatico, non potrebbe per definizione essere a conoscenza dei contenuti illeciti (non intercettati). La sua responsabilizzazione assumerebbe dunque la struttura di rimprovero colposo, per non aver predisposto correttamente i meccanismi di filtraggio ovvero per non averne adeguatamente sorvegliato l'operato, il quale dovrebbe però fondarsi su una specifica base normativa (invero assente)⁹⁴.

In definitiva, benché talvolta auspicata in chiave di riforma⁹⁵, una responsabilizzazione omissiva dell'ISP ha sin dal principio incontrato ostacoli, sia tecnici sia giuridici, pressoché invalicabili.

3. Il formante normativo

È la direttiva CE 2000/31 sul commercio elettronico, attuata, nel nostro ordinamento, con il d. lgs. 70/2003 il primo e fondamentale atto normativo che ha regolamentato la responsabilità degli ISP, benché in termini “negativi”, ovvero disciplinandone le condizioni per l'esenzione⁹⁶.

⁹⁴ Cfr., benché nello specifico settore della pedopornografia, V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 178 s.

⁹⁵ L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 506, infatti, conclude la propria analisi evidenziando come «per contrastare [i comportamenti illeciti *online*], appare senz'altro opportuno introdurre – anche attraverso appositi codici di autoregolamentazione, come parimenti auspicato a livello comunitario – una chiara disciplina, che si articoli non solo in specifici divieti, ma anche in chiari obblighi di controllo e di impedimento: fermo restando che già *de jure condito*, un'attività consapevole di “agevolazione” all'accesso ed all'utilizzo di materiali illeciti, pur da altri creati, non può non integrare i presupposti per una responsabilità anche penale a titolo di concorso doloso. L'opportuna tipizzazione di più specifiche regole di comportamento ed obblighi di controllo da parte dei *Providers* potrà, altresì, fondare un'articolata responsabilità per omesso impedimento ed, eventualmente, anche per colpa». Sosteneva invece l'opportunità di replicare la disciplina prevista dall'art. 5 *IuKDG* – soprattutto con riguardo all'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti – anche nell'ordinamento interno, pur additando tale intervento come di natura costitutiva, S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 766.

⁹⁶ Secondo S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 592 s., dalla mancanza di precetti “positivi” deriverebbe, da un lato, «che, proprio per la loro natura di filtro selettivo, dalle norme contenute nel d. lg. n. 70 del 2003 non può ricavarsi nessuna fonte di incriminazione a carico dei prestatori di servizi»; dall'altro lato, «che, a causa di questa interferenza solo in direzione limitativa di una

Assai ricorrente – ma a nostro avviso controvertibile – è la considerazione secondo la quale il richiamato atto interno avrebbe ripreso in termini pressoché corrispondenti il disposto della normativa europea⁹⁷. Come si avrà modo di evidenziare a breve, infatti, nel d. lgs. 70/2003 sono contenute specificazioni di centrale importanza per comprendere sia i doveri gravanti sui *providers*, sia le sanzioni connaturate alla loro violazione.

Fortemente criticata in quanto ritenuta idonea a garantire un c.d. *safe harbour* eccessivamente ampio e oltremodo ingiustificato rispetto all'attuale potenza economica e tecnologica dei fornitori dei servizi *Internet* e *in Internet*⁹⁸, la direttiva CE 2000/31 è stata da ultimo modificata dal Regolamento UE 2022/2065 (*Digital Services Act* o DSA).

Sul punto, mette conto tuttavia rilevare che, se, per un verso, tale atto ha imposto esplicitamente obblighi per i *provider*, altresì parametrati alle loro dimensioni e alla tipologia di attività che questi svolgono, la cui violazione viene specificamente punita con sanzione pecuniaria; per altro verso, sono state sostanzialmente mantenute intatte le condizioni che, alla stregua della disciplina comunitaria, garantivano l'irresponsabilità (anche penale) dei fornitori dei servizi digitali. Ciò che occorrerà comprendere, dunque, è quale rapporto intercorra tra le violazioni del DSA e una ipotetica censura penale e, soprattutto, se quest'ultimo possa ancora invocarsi nonostante la specifica sanzionabilità amministrativa delle disposizioni regolamentari.

Sul piano nazionale, la disciplina introdotta dal d. lgs. 70/2003, favorevole per l'operatore economico, è stata sbrigativamente abrogata dall'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024. Ad oggi, dunque, al netto di ipotesi peculiari⁹⁹, è il DSA che funge da base normativa per una possibile responsabilizzazione penale degli *internet service providers* e delle piattaforme digitali.

Ebbene, per far chiarezza, una volta per tutte, sugli obblighi e sulle sanzioni di cui i *providers* risultano destinatari, anche nell'attuale contesto regolamentare, sarà essenziale approfondire l'evoluzione normativa sovranazionale e nazionale alla luce dei principi generali che regolano la materia penale.

responsabilità stabilita da altre disposizioni, l'eventuale inapplicabilità del d. lg. n. 70, cit., determina non la responsabilità dei *providers* bensì la riespansione dei principi comuni, consentendo dunque che, per altra via, quella responsabilità possa essere esclusa».

⁹⁷ Cfr., tra gli altri, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 195; S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 593; L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 81.

⁹⁸ Così, per tutti, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., pp. 81 ss.

⁹⁹ Cfr. *infra*, § 6.3.

Ciò posto, un'ultima precisazione si impone: le discipline che verranno esaminate, di matrice sia europea sia nazionale, non fanno direttamente riferimento a contenuti costituenti reato, bensì, genericamente, ad informazioni *illecite*. Di qui almeno due considerazioni.

La prima è che, quando si tratterà di informazioni *illecite*, ci si riferirà esclusivamente all'*illiceità* penale, ovvero idonea ad integrare fattispecie incriminatrici.

La seconda concerne l'impossibilità di escludere che, mediante il riferimento ad una generica "illiceità", il legislatore europeo abbia voluto estromettere dall'ambito di applicazione della presente direttiva le condizioni di (ir)responsabilità penale. Per un verso, infatti, è naturale che i presupposti validi a negare il risarcimento del danno dovrebbero, a maggior ragione, poter essere invocati anche in relazione alla sanzione penale; per altro verso, va rilevato come il legislatore abbia talvolta precisato i requisiti per l'esenzione della responsabilità civile, in tal guisa sottintendendo la propria volontà di disciplinare – qualora nulla venga osservato sul punto – entrambe le ipotesi di rimprovero: civile e, insieme, penale¹⁰⁰.

3.1. La direttiva CE 2000/31

Come anticipato, è la direttiva sul commercio elettronico (direttiva CE 2000/31) il primo atto normativo teso a disciplinare – pur "in negativo" – la responsabilità dei prestatori di servizi digitali¹⁰¹.

Quattro sono i servizi prestati dai *providers* sulla base dei quali la direttiva articola le relative esenzioni di responsabilità, benché i primi due vengano accorpati e disciplinati

¹⁰⁰ Ravvisa nel considerando n. 8 della direttiva sul commercio elettronico la volontà del legislatore di costruire un sottosistema autonomo valevole agli effetti civili, penali e amministrativi S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 592. Esso recita: "La presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, e non di armonizzare il settore del diritto penale in quanto tale".

¹⁰¹ In commento alla direttiva sul commercio elettronico, per tutti, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., pp. 189 ss. In chiave critica, G. PICA, voce *Internet*, cit., pp. 50, che la ritiene, insieme ai vari passaggi attuativi in sede nazionale, «largamente insoddisfacente e per alcune disposizioni irragionevole e illegittima alla luce dei principi generali nazionali e sovranazionali» (p. 50).

uniformemente: (i) il semplice trasporto (*mere conduit*) e il mero accesso (*access*); (ii) la memorizzazione temporanea (*caching*); (iii) la memorizzazione di lunga durata (*hosting*)¹⁰².

3.1.1. I servizi di semplice trasporto e di mero accesso

Questo il dettato dell'art. 12 della direttiva: "Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:

- a) non dia origine alla trasmissione;
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse".

Al secondo paragrafo viene poi precisato che "Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo"¹⁰³.

La predetta disposizione parifica dunque le attività di *mere conduit*, ovvero il trasporto meramente automatico di dati (illeciti), a quello di accesso agli stessi. Evidente la logica di fondo: qualora il prestatore del servizio si sia limitato a svolgere attività automatizzate e, soprattutto, non sia il creatore delle informazioni vietate (o non le abbia in qualche modo modificate) non può essere chiamato a rispondere per la loro diffusione¹⁰⁴.

¹⁰² Evidenzia tuttavia come nella realtà sfumi la distinzione, in quanto il fornitore solitamente cumula le attività *sub (i)* e *(ii)* e, molto spesso, anche quella *sub (iii)* G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 50.

¹⁰³ La formulazione della disposizione viene criticata da G. PICA, voce *Internet*, cit., pp. 50 s., il quale ritiene che, dal punto di vista tecnico, l'intermediario dà inevitabilmente origine alla trasmissione e che, al contempo, questi ben potrebbe selezionare le informazioni (ad esempio in via automatizzata) senza volerle tuttavia modificare o individuare i destinatari alle quali sono indirizzati.

¹⁰⁴ Parrebbe questa la ragione, pur implicita, che spinge D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 191, ad osservare che «innanzitutto, viene ribadita la regola generale in base alla quale il *provider* risponde se ha deliberatamente collaborato alla commissione di un reato». Sul punto, anche S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 593.

Invero, a tali condizioni il legislatore europeo aggiunge la mancata selezione del destinatario: condotta che, sebbene non comporti una modifica oggettiva dei dati, incide sulla trasmissione o sulla diffusione delle stesse.

Qui potrebbe rientrare, in effetti, la condotta del *moderatore* di un *newsgroup* o di una *mailing list*, la cui responsabilità – in concorso con l'eventuale autore del contenuto illecito – è già stata ricavata sulla base dei principi generali¹⁰⁵.

D'altra parte, l'assunto è confermato anche dal considerando n. 44, ove si chiarisce che “il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti non si limita alle attività di semplice trasporto («mere conduit») e di «caching» e non può pertanto beneficiare delle deroghe in materia di responsabilità previste per tali attività”.

Da ultimo, la direttiva “lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione” (art. 12, par. 3, dir. 2000/31 CE)¹⁰⁶.

3.1.2. *Il servizio di memorizzazione temporanea di dati*

L'art. 13 della predetta direttiva prevede poi che “Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, § 2.2.1.

¹⁰⁶ In un tempo precedente all'entrata in vigore del DSA, invitava il legislatore nazionale a sfruttare siffatta previsione, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 88.

e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso".

Ebbene, il legislatore comunitario prevede che i fornitori dei servizi di memorizzazione di media durata di dati, funzionali a rendere più celere l'accesso alle informazioni salvate su server di terzi, possano andar esenti da responsabilità, per ciò che ora più interessa, nel caso in cui abbiano agito prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate nel momento in cui siano venuti effettivamente a conoscenza che:

i) le informazioni (illecite) sono state rimosse dal server in cui si trovavano ovvero il relativo accesso sia stato disabilitato. La ragione della precisazione è evidente: si vuole evitare che, una volta che l'*hosting provider* abbia rimosso dal proprio server i contenuti illeciti o ne abbia impedito l'accesso, questi seguitino a rimanere disponibili tramite il salvataggio temporaneo assicurato dal servizio di *caching*;

ii) un'autorità amministrativa o giurisdizionale ne abbia imposto la rimozione ovvero l'impedimento dell'accesso. Parallelamente all'ipotesi precedente, si vuole sventare la possibilità che il contenuto illecito rimanga visibile a causa della memorizzazione dei dati operata da un servizio teso esclusivamente a rendere più agevole l'accesso ai contenuti¹⁰⁷.

D'altro canto, è proprio questa peculiarità dell'attività di *caching* a giustificare, nell'ottica del legislatore comunitario, la richiesta di rimozione del contenuto (o della disabilitazione dell'accesso) solamente una volta che si sia avuta contezza non tanto della memorizzazione sul proprio server di informazioni illecite (condizione invece richiesta all'*hosting provider*), bensì dell'avvenuta rimozione o impedimento dell'accesso da parte del memorizzatore "finale" o della relativa richiesta di una autorità amministrativa o giudiziaria (a cui dovrebbe far seguito l'ottemperanza di quest'ultimo)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Il legislatore presume infatti che all'ordine di cancellazione o di impedimento dell'accesso formulato dall'autorità faccia seguito l'immediato adempimento dell'*hosting provider*. Dall'art. 15 del d. lgs. 70/2003, che riprende testualmente l'art. 13 della direttiva sul commercio elettronico, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 197, ricava un vero e proprio obbligo di rimozione per il *caching provider* che sia venuto effettivamente a conoscenza della relativa disposizione da parte di un organo amministrativo o giurisdizionale, benché non esplicitamente sanzionato. Nello stesso senso, valorizzando il combinato disposto tra l'art. 13 e 15 della direttiva e limitandosi a richiamare l'eventuale richiesta dell'autorità giudiziaria, G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 51, cui si rimanda anche per un commento ai requisiti *sub c)* e *d)*.

¹⁰⁸ Ritene opportuno che il provvedimento dell'autorità sia indirizzato allo stesso ISP o, comunque, che venga a lui notificato, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 193.

Volendo riportare il ragionamento sul terreno dei principi generali, tale precisazione, nell'ipotesi *sub i*), cioè quella relativa all'avvenuto oscuramento da parte dell'*hosting provider*, potrebbe assumere una duplice valenza: (i) potrebbe costituire una vera e propria causa di esenzione della responsabilità in quanto la situazione andrebbe ricondotta ad una ipotesi di c.d. causalità alternativa ipotetica: anche eliminando il contributo del *caching provider*, il reato si manifesterebbe per la possibilità di accedere direttamente formulando richiesta al server finale; (ii) potrebbe assumere valenza meramente dichiarativa qualora si volesse aderire alle teorie che richiedono l'accertamento della colpa nel dolo: in questa sede diverrebbe preponderante la prova dell'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito.

D'altra parte, la soluzione sottesa al richiamato quesito mostrerebbe concrete ricadute qualora ci sia accinga a valutare la possibilità di responsabilizzare il *caching provider* in concorso con l'utente nell'ipotesi *sub ii*), cioè nel caso in cui il primo sia venuto a conoscenza di un obbligo di rimozione o disattivazione dell'accesso pronunciato da una autorità. Ben potrebbe infatti accadere o che l'*hosting provider* non abbia ancora adempiuto a siffatto ordine (e dunque ci si potrebbe chiedere che tipo di valenza debba assumere il mancato oscuramento da parte del fornitore del servizio di *caching*), ovvero che il memorizzatore finale abbia correttamente rimosso il contenuto, ma questo sia rimasto salvato sulla *cache*¹⁰⁹.

A nostro avviso, al netto delle problematiche relative alla conoscenza dell'ordine, che, di fatto, comprende anche quella del contenuto illecito, la soluzione dovrebbe dipendere dal meccanismo di funzionamento dello specifico servizio di *caching*.

Così, se dovrebbe ritenersi assolutamente irrilevante – si badi bene, in ottica concorsuale – l'omissione di un contributo che abbia ritardato l'accesso all'informazione illecita di qualche secondo¹¹⁰ ovvero l'abbia prolungata per lo stesso tempo¹¹¹, a diverse

¹⁰⁹ Quest'ultima è l'ipotesi corrispondente a quella poc'anzi menzionata (*sub i*), ove, prescindendo da un ordine dell'autorità, il dovere di oscuramento per il *caching provider* sorge solo a seguito della conoscenza della rimozione o dell'impedimento dell'accesso da parte dell'*hosting provider*.

¹¹⁰ È il caso del *caching provider* che non abbia oscurato il contenuto a fronte della mancata ottemperanza all'obbligo di rimozione o di impedimento dell'accesso da parte del prestatore del servizio di *hosting*.

¹¹¹ In questo caso, l'*hosting provider* ha correttamente rimosso il contenuto, ma, in forza della particolare frequenza di aggiornamento della *cache*, il contenuto rimane accessibile per pochi istanti (sino all'aggiornamento successivo).

soluzioni si perverrebbe qualora, in seguito all'oscuramento da parte dell'*hosting provider*, l'informazione illecita rimanga salvata sulla *cache* per diverse ore o giorni¹¹².

In questo secondo caso, è evidente che l'inottemperanza all'ordine di rimozione da parte del *caching provider* – quand'anche a lui non diretto – implichi l'ulteriore diffusione e proliferazione del contenuto e, così, la responsabilizzazione, in concorso con l'utente, per il gestore del servizio¹¹³.

Da ultimo, anche rispetto alla responsabilità del fornitore del servizio di *caching*, la direttiva "lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione" (art. 13, par. 2, dir. CE 2000/31)¹¹⁴.

Di qui, dunque, la conferma dell'eventualità per il *caching provider* di essere chiamato a rispondere per la contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità (art. 650 c.p.), qualora naturalmente l'ordine sia stato impartito per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, d'ordine pubblico o d'igiene, almeno nei casi in cui non si debba considerare responsabile in concorso con l'utente¹¹⁵.

3.1.3. Il servizio di memorizzazione di lunga durata di dati

¹¹² La soluzione risulta altresì coerente con quanto riportato da F. CARRIERO, *Causalità e imputazione. Le leggi scientifiche tra metodo e dogmi*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 112, in merito all'impostazione di J.L. Mackie, la quale evidenzia che, con riguardo alle ipotesi di causalità alternativa ipotetica, «al netto [...] delle considerazioni che possono, in questi casi, essere realizzate in ordine a ciò che sarebbe successo in assenza della condotta, ciò che rileva è se l'azione del soggetto costituisca una *condizione insufficiente*, ma *necessaria* di un complesso causale *sufficiente* ma *non necessario*». Così, si prosegue, l'accensione di un fuoco che si sviluppa a partire dall'accensione di un fiammifero risulta una causa necessaria, ma non sufficiente alla realizzazione dell'incendio. E, prosegue l'A., il «ragionamento [...] non muta [...] nei casi in cui si sia in presenza di due incendi, appiccati autonomamente da diversi soggetti: anche in questo caso occorre valutare se le azioni costituiscano rispettivamente delle *condizioni insufficienti* ma *necessarie* di un complesso causale *sufficiente* ma *non necessario* per la verifica degli eventi».

¹¹³ Benché riferendosi all'art. 15 del d. lgs. 70/2003, G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., p. 2529, osserva che «la fattispecie concorsuale può risultare integrata dall'inottemperanza all'ordine di rimozione o disabilitazione dell'informazione costituente reato, sussistendo, nel caso del mantenimento in rete, le componenti oggettiva e soggettiva del concorso» (presumibilmente commissivo).

¹¹⁴ Valorizzava, *de iure condendo*, siffatta disposizione L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 88.

¹¹⁵ L'esito dipende naturalmente dalla riconducibilità della situazione ad un concorso apparente o reale di norme. Ritene applicabile l'art. 650 c.p. a queste ipotesi anche S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 598.

Le condizioni di esenzione della responsabilità dell'*hosting provider* vengono regolate come segue: “Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell’informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l’attività o l’informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dell’informazione, o

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso” (art. 14, par. 1, dir. CE 2000/31)¹¹⁶.

Una circostanza è incontrovertibile: sulla base del dettato dell’art. 14, par. 1, dir. CE 2000/31, il fornitore del servizio di *hosting* venuto a conoscenza che sui propri server sono state caricate informazioni illecite va esente da responsabilità se prontamente le rimuove o ne disabilita l’accesso¹¹⁷.

Com’è facile immaginare, la questione problematica è: *quid iuris* se il *provider* consapevolmente non oscura i contenuti memorizzati?

La soluzione dipende dal dubbio di fondo che, come sottolineato in apertura, costella la materia in esame. Al *provider*, sotto questo specifico aspetto, può essere mosso un rimprovero a titolo attivo o omissivo? In altri termini, l’eventuale responsabilità dell’operatore economico dipende, sul piano oggettivo, dall’aver contribuito alla diffusione dell’informazione vietata ovvero deriva dal non averla rimossa o oscurata?

Già si è avuto modo di evidenziare come, a nostro parere, il *provider* dovrebbe rispondere in concorso (commissivo) con l’utente; e ciò in quanto la prosecuzione della fornitura del servizio di memorizzazione contribuisce alla diffusione dell’illecito¹¹⁸. Se, poi, questo comporti l’approfondimento dell’offesa di un unico reato – che vede traslare in avanti

¹¹⁶ Assai critico in merito alla disposizione è G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 52, il quale osserva che «si tratta della norma più pericolosa, e dagli effetti potenzialmente perversi, non solo per molteplici ragioni intrinseche alla strutturazione della responsabilità, ma anche per il travisamento evidente della funzione dell’*hosting provider*, che il legislatore comunitario, e conseguentemente quello nazionale, dimostrano di non aver compreso affatto, considerandolo, per quanto si evince da tale disposizione, alla stregua di un socio del fornitore dei contenuti, cioè delle informazioni memorizzate sul server dell’*hosting provider*: soltanto ad un «socio», infatti, ovvero *rectius* ad un “associato”, può addossarsi una responsabilità per il contenuto di informazioni create e gestite da altri». L’A parifica infatti l’attività di memorizzazione di lunga durata di dati a quella del proprietario di un appartamento o di un albergo che ne concede la disponibilità al proprio inquilino o cliente.

¹¹⁷ In termini analoghi, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 193.

¹¹⁸ Cfr. diffusamente *infra*, Cap. III.

il proprio momento consumativo – ovvero se funga da presupposto per la commissione di ulteriori illeciti (consistenti, ad es., in nuove pubblicazioni del medesimo) ora non rileva. Ciò che preme sottolineare è che la rimozione dell'informazione illecita da parte del *provider*, da considerare quale condotta interruttiva del contributo strumentale del fornitore, altro non è che la possibilità assegnata allo stesso di prendere le distanze da una condotta criminosa (in atto o da realizzare). In questi termini, tale facoltà assicura il rispetto del principio di colpevolezza.

A nulla rileva dunque l'impossibilità di ricavare, nel nostro ordinamento, una norma fondante una posizione di garanzia volta ad impedire l'ulteriore diffusione dei reati realizzati dagli utenti: l'oscuramento del contenuto verrebbe ad assumere, in ambito doloso, la medesima funzione che la *diligenza doverosa* svolge in quello colposo¹¹⁹.

Potrebbero fondarsi dubbi sul fatto che la formulazione “in negativo” dell'art. 14, par. 1, dir. CE 2000/31 (“il prestatore non è responsabile se, non appena a conoscenza dell'illiceità, agisca immediatamente per rimuoverla”) possa valere a fondare, in positivo, un obbligo giuridico di impedire il reato (*rectius*, la sua protrazione), ai sensi dell'art. 40 cpv. E ciò in quanto escludere la responsabilità in presenza di una determinata condotta potrebbe non significare renderla oggetto di precetto (per di più, sanzionato penalmente)¹²⁰.

Condivisibile è quindi l'opinione di chi, pur in relazione al d. lgs. 70/2003, ritiene che «l'assenza di specifici precetti induce a ritenere che [tali disposizioni] si allineano alle altre norme dell'ordinamento giuridico: lungi dall'introdurre nuovi obblighi o nuove forme di responsabilità, le disposizioni in esame mirano semplicemente a limitare i presupposti di una responsabilità fondata sulle norme “comuni” del diritto civile e penale, fungendo così da filtro selettivo sul piano della tipicità di queste ultime»¹²¹.

¹¹⁹ La migliore giurisprudenza di legittimità ha infatti recentemente evidenziato «la necessità di tener distinti dovere di diligenza/norma di dovere e diligenza doverosa/regola cautelare» (così Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, sul caso del disastro ferroviario di Viareggio). Il passaggio parrebbe peraltro ripreso da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 286 ss., il quale osservava come «diviene fondamentale [...] la distinzione tra: a) “dovere” (di diligenza); b) “diligenza” (quale contenuto del dovere). [...] In generale, il dovere di diligenza è posto dalle norme che, stabilendo un divieto, definiscono una situazione in cui astenersi da determinate azioni (imprudenti); ovvero, sostanziosamente in una pretesa positiva, impongono un obbligo di agire (secondo diligenza). [...] la “diligenza” doverosa consiste invece, più esattamente, nelle regole di condotta a contenuto cautelare identificabili come doverosa per il soggetto in quella situazione concreta». Da ultimo, ID., *Gestione “organizzata” del rischio di calamità. Colpa “distale” e “prossimale” alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, cit., p. 18 s.

¹²⁰ In commento alla normativa di recepimento nazionale, v., però, L. PICOTTI, *Commento art. 600 ter, III comma, c.p.*, cit., p. 210.

¹²¹ S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 592.

Al contempo, però, proprio il presupposto di partenza – ovvero l’enunciazione di una causa di esclusione della responsabilità – ne testimonia la sussistenza, almeno nella visione del legislatore comunitario.

A confermare l’impostazione che sosteniamo soccorrono due ulteriori argomenti.

In primo luogo, la volontà di costruire un obbligo di “reazione” alla pubblicazione di informazioni illecite era stata formalizzata in uno dei documenti prodromici all’emanazione della direttiva sul commercio elettronico. La Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni sulle “Informazioni di contenuto illegale su Internet”, COM(96) 487, del 16 ottobre 1996, osservava infatti che “in linea di massima la legislazione degli Stati membri dispone che un fornitore di servizi il quale venga a conoscenza della presunta illegalità del contenuto di materiale ospitato sul suo server debba chiaramente intervenire per rimuovere il materiale in questione”¹²².

In secondo luogo, valga il richiamo al considerando n. 46 della stessa direttiva CE 2000/31, la quale dichiara che “per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell’informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l’accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite”.

D’altra parte, l’art. 14, par. 1, dir. CE 2000/31 esclude che tale condizione di irresponsabilità possa applicarsi al prestatore che mantenga una posizione di controllo sovraordinato sull’utente, così sottintendendone il biasimo a titolo commissivo e concorsuale con quest’ultimo¹²³.

Sul punto, si precisa però che, come già evidenziato¹²⁴, per distinguere quest’ultima ipotesi ora da quella (neutra e del tutto lecita) di fornitura di un servizio di *hosting*, ora da quella di consapevole prosecuzione della fornitura di un servizio di cui al par. 1, è necessario che tale assoggettamento o controllo da parte del fornitore si riverberi in un contributo morale o materiale ulteriore rispetto alla mera messa a disposizione del servizio.

Siffatto approdo parrebbe l’unico sostenibile anche alla luce del generale divieto di controllo da parte dei *providers* sulle informazioni che gli utenti veicolano loro tramite (art. 15 dir. CE 2000/31).

¹²² COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE E AL COMITATO DELLE REGIONI, *Informazioni di contenuto illegale su Internet*, COM(96) 487, 16 ottobre 1996, in *www.eur-lex.europa.eu*, p. 16.

¹²³ L’art. 14, par. 2, dir. CE 2000/31 prevede infatti che “Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l’autorità o il controllo del prestatore”.

¹²⁴ Cfr. *supra*, § 2.2.2.

Superfluo evidenziare inoltre come la disciplina enucleata dalla direttiva CE 2000/31 riprenda ampiamente quella enucleata dall'art. 5 *IUKDG* tedesco.

Come si ricorderà, lo stesso chiariva che “1. I fornitori di servizi sono responsabili secondo le leggi generali dei propri materiali da essi resi disponibili. 2. I fornitori di servizi sono responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se hanno conoscenza dei loro contenuti e sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità. 3. I fornitori di servizi non sono responsabili dei materiali altrui ai quali essi hanno fornito solo l'accesso. Un'automatica e di breve durata ritenzione di materiali altrui, conseguente alla richiesta di utenti, va intesa come fornitura di accesso. 4. Qualora, nel rispetto della riservatezza delle comunicazioni a distanza di cui al §85 della legge sulle telecomunicazioni, il fornitore di servizi acquisisce conoscenza di contenuti illeciti e una chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile, rimangono salvi, secondo le leggi generali gli obblighi di impedimento della disponibilità di tali materiali”.

Da ultimo, parallelamente a quanto previsto per le ipotesi precedenti, l'art. 14, par. 3, dir. CE 2000/31, “lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime”.

Alla luce di quanto sinora osservato, tuttavia, tale formula di chiusura non potrebbe implicare la riduzione dell'obbligo di rimozione – e la conseguente esenzione di responsabilità – al solo momento in cui l'autorità pronuncia l'ordine di oscuramento. Una siffatta previsione smentirebbe infatti lo spirito della direttiva, così come emergente dal proprio addentellato normativo e dai propri considerando¹²⁵, che paiono imporre agli Stati membri di prevedere meccanismi volti a bilanciare *celermente* l'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti con i beni giuridici coinvolti attraverso il ricorso a specifiche procedure, piuttosto che consentire la *subordinazione* dell'obbligo di rimozione ad un proprio ordine.

La previsione della “possibilità [...] che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine”, allora, dovrà considerarsi quale rimedio aggiuntivo – eventualmente sanzionato in via autonoma –

¹²⁵ Il riferimento è, in particolare, al considerando n. 46 della direttiva sul commercio elettronico, poc'anzi riportato.

rispetto al più generale e sempre valido dovere di rimozione di contenuti illeciti una volta avutane conoscenza¹²⁶.

D'altro canto, l'esplicito riferimento ad un rimprovero colposo in relazione alle domande risarcitorie – consistente nella mancata avvedutezza dell'illiceità dell'informazione o dell'attività dell'utente pur in presenza di circostanze che la rendano evidente – conferma ancora una volta che quella attenzionata dal legislatore è una responsabilità (anche) penale.

3.1.4. *L'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni veicolate*

Di centrale importanza per escludere una posizione di garanzia volta ad impedire, *ex ante*, la commissione di illeciti da parte degli utenti – quindi per negare qualsivoglia ipotesi di autoria omissiva – è altresì il dettato dell'art. 15 della direttiva in esame¹²⁷.

Lo stesso, rubricato proprio “Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza” prevede infatti che “nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”.

Naturalmente, la disposizione si basa su una ragione tecnica: sarebbe inesigibile – in quanto non tecnicamente fattibile (almeno al tempo del varo della direttiva), o comunque eccessivamente oneroso – richiedere al *provider*, nella prestazione di servizi di *access*, *mere conduit*, *caching* o *hosting*, di effettuare un controllo su ogni singola informazione trasmessa o salvata sui propri server¹²⁸.

Di qui l'assunto – rimasto invariato anche alla luce delle regolamentazioni successive – secondo cui la conoscenza dell'illiceità del contenuto, da cui la direttiva, come visto, fa dipendere rilevanti conseguenze, non potrebbe derivare da un obbligo di controllo

¹²⁶ Poneva in luce come tale disposizione potesse essere sfruttata dal legislatore nazionale per ripensare l'ampia (e in quanto tale irragionevole) esclusione della responsabilità degli ISP apprestata dalla normativa di matrice comunitaria L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 88.

¹²⁷ Così, tra gli altri, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 191.

¹²⁸ In senso analogo, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 191, il quale ritiene che, in questo modo, la direttiva abbia escluso qualsiasi obbligo irrispettabile e, pertanto, non solo inutile, ma anche controproducente. In argomento, altresì, G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, cit., pp. 426 ss.

momento per momento dei contenuti veicolati dagli utenti. Certo, non si esclude che il fornitore del servizio possa operare in tal senso di sua iniziativa, in tal guisa divenendo però obbligato – almeno qualora presti un servizio di *hosting* – a rimuovere il contenuto o a disabilitarne l'accesso.

Evidente il risvolto politico-criminale di tale considerazione: essa potrebbe spingere a considerare maggiormente conveniente per i *provider* evitare di sottoporre a controllo, anche saltuario, i contenuti comunicati o diffusi dai destinatari del servizio e, rimanendo all'oscuro della loro eventuale illiceità, non poter essere chiamati a rispondere per non aver assunto i provvedimenti conseguenti.

In estrema sintesi, nella prospettiva del legislatore europeo, la conoscenza delle illiceità commesse dai destinatari del servizio dovrebbe essere ordinariamente ricavata da elementi esterni rispetto all'attività del prestatore (es. per mezzo di segnalazioni di soggetti interessati o dell'autorità): non da un preciso vaglio di ogni singolo contenuto (quantomeno *se etero-imposto*).

D'altra parte, l'art. 15, par. 2, della direttiva sul commercio elettronico fa salva la facoltà degli Stati membri di “stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati”¹²⁹.

Anche tale previsione, coerentemente con quanto sostenuto in relazione all'art. 14 della direttiva, non potrebbe che considerarsi *aggiuntiva* rispetto agli adempimenti imposti agli ISP, benché ricavabili soltanto dai principi generali e confermati, a contrario, dalla normativa europea. Così, volendo esemplificare, anche in forza di un esplicito dovere di informazione dell'autorità in relazione ad attività o informazioni presumibilmente illecite e/o di condivisione di dati che consentano di individuarne il fautore, non potrebbe essere escluso l'obbligo per il prestatore del servizio di *hosting* di rimuovere immediatamente il

¹²⁹ La previsione viene criticata da D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 194, in quanto difficilmente, sostiene l'A., potrà essere accertato se l'intermediario abbia avuto effettiva conoscenza dei materiali.

contenuto illecito o di disabilitarne l'accesso. A tale violazione si aggiungerebbe quella della mancata denuncia o condivisione di dati¹³⁰.

Infine, a nostro avviso occorre prestare particolare attenzione alla terminologia utilizzata dal legislatore per descrivere l'oggetto e le circostanze fondanti un'eventuale denuncia all'autorità.

In particolare, è opportuno comprendere se la “presunzione” a cui fa riferimento da ultimo il legislatore si riferisca all'illiceità dei contenuti o alla conoscenza degli stessi. In altri termini, si deve svelare se al *provider* possa essere imposto di comunicare all'autorità dati e informazioni di conoscenza certa, ma la cui illiceità è incerta, ovvero se lo stesso possa divenire destinatario di un obbligo di informazione qualora venga a conoscenza di circostanze che depongano per l'avvenuta veicolazione, benché solamente presumibile, di informazioni della cui illiceità non si potrebbe dubitare.

Ebbene, pur ponendosi la seconda soluzione in linea con la tendenziale irrilevanza dell'errore di diritto (salvo naturalmente che non sia evitabile)¹³¹, pare assai difficoltoso immaginare una situazione ove vi sia certezza in merito all'illiceità di un contenuto (o comunque non si ritenga rilevante il dubbio sulla stessa), ma ne risulti al contempo incerta la specifica conformazione.

Ciò potrebbe essere ipotizzato, ad es., in caso di attività illecite che si siano sviluppate e concluse molto celermente – che, tuttavia, come a suo tempo evidenziato, non rappresentano il fulcro della responsabilità dei prestatori di servizi digitali –, ma non per attività ancora in atto, sulle quali gli ISP, al netto delle problematiche attinenti alla riservatezza, potrebbero agilmente approfondire la propria conoscenza.

Evidente dunque che, attraverso siffatta locuzione, il legislatore si sia voluto riferire a situazioni ove ad essere discussa non è tanto la realizzazione di una attività illecita, bensì a casi ove sia la sua stessa illiceità ad essere solamente “presumibile”.

L'approdo, peraltro, è confermato dalla versione in lingua inglese della medesima disposizione, ove il carattere della “presumibilità” risulta proprio riferito al carattere illecito del contenuto: “*Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or*

¹³⁰ Ritengono, in generale, l'obbligo di denuncia poco compatibile con la natura privatistica del *provider* S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 753 s.; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 185.

¹³¹ Come noto, nel nostro ordinamento il principio viene enucleato all'art. 5 c.p.

obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements”¹³².

Da ciò discende una considerazione che tocca uno dei nodi cruciali attraverso i quali si dipana il discorso sulla possibile responsabilizzazione penale dei *providers*: la necessità per un privato (l’ISP) di farsi controllore della liceità di un contenuto caricato da altri, da cui deriverebbe la censura automatica in caso di dubbio e, conseguentemente, l’indebita privazione dei diritti fondamentali dei privati¹³³.

In effetti, nessuna disposizione comunitaria parrebbe specificare i caratteri di illiceità che una informazione dovrebbe possedere per rientrare nell’ambito applicativo della disciplina enucleata. Detto diversamente: non si opererebbe alcun tipo di distinzione, quantomeno in via esplicita, tra contenuti che già *prima facie* risulterebbero illeciti – per ciò che a noi interessa, sussumibili in almeno una fattispecie incriminatrice – e quelli ai quali il carattere criminoso potrebbe essere attagliato esclusivamente a seguito di un approfondimento giuridico dettagliato. D’altro canto, almeno sul piano interno, sarebbe proprio l’art. 5 c.p. a confermare l’irrilevanza di siffatto accertamento (salva, naturalmente, l’ipotesi di errore inevitabile).

A nostro avviso, a ciò andrebbe però opposto che la specifica menzione della “presumibile illiceità” dell’informazione nell’ambito delle facoltà assegnate agli Stati di prevedere obblighi di denuncia evidenzia la volontà del legislatore comunitario di limitare la responsabilità dei prestatori di servizi richiamati – escludibile alle condizioni analizzate – solamente alle ipotesi in cui l’illiceità risulta evidente.

Procediamo con ordine.

¹³² Art. 15, par. 2, dir. CE 2000/31.

¹³³ Il profilo è evidenziato problematicamente anche da G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, cit., p. 431, il quale propende, *de iure condendo*, per la costruzione di una responsabilità legata al mancato rispetto di un obbligo di segnalazione del *provider* ad una autorità che abbia il potere di impartire i conseguenti provvedimenti. Doveri (di segnalazione e di adempimento) che l’A. preferirebbe venissero sanzionati in via amministrativa. Solleva perplessità sull’eventuale obbligo assegnato al fornitore di valutare la liceità dei contenuti anche V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1925 s., la quale si rivela però contraria all’imposizione di obblighi di denuncia, evidenziando come il *provider* si connota per la propria posizione privatistica di imprenditore, sganciata da qualsivoglia nesso pubblicistico. G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 50, inoltre, osserva che «anche alla luce dei principi di libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione, non può attribuirsi al *provider*, quale mero intermediario tecnico, il potere di sindacare o censurare di sua iniziativa il contenuto di un sito, perché equivarrebbe a chiedere al gestore telefonico di controllare e censurare le comunicazioni telefoniche degli utenti».

A rigore, l'errore di diritto dovrebbe risultare assolutamente irrilevante per fondare una responsabilità in capo al *provider* in concorso con il materiale creatore dell'informazione vietata. Ne discende che questi potrebbe essere eventualmente responsabilizzato per aver mantenuto sui propri server sia contenuti dal carattere immediatamente illecito, sia informazioni della cui contrarietà all'ordinamento si potrebbe legittimamente dubitare (qualora naturalmente si rivelassero *ex post* integranti una fattispecie di reato). Secondo questo ragionamento, quindi, l'esenzione della responsabilità prevista dagli artt. 12, 13 e 14 della direttiva CE 2000/31, benché la stessa nulla stabilisca direttamente sul punto, dovrebbe riguardare entrambe le ipotesi menzionate.

Così ragionando, non vi sarebbe stata però ragione di specificare la facoltà per gli Stati membri di imporre obblighi di comunicazione anche per attività solo *presumibilmente* illecite. In quest'ottica, sarebbe stato sufficiente consentire il generico varo di obblighi di segnalazione una volta appreso che, tramite i propri servizi, fossero stati realizzati illeciti.

La ragione dell'ampliamento dell'oggetto della comunicazione anche ad attività o informazioni *presumibilmente* vietate risiede dunque nell'esclusione dall'ambito applicativo della direttiva delle ipotesi che non presentano evidenti caratteri di illiceità: d'altronde, questa è proprio la ragione per la quale, negli artt. 12, 13 e 14 non compare alcun riferimento al livello di illiceità del contenuto.

Di qui il (solo apparente) cortocircuito interpretativo: il legislatore avrebbe estromesso dal *safe harbour* proprio le ipotesi meno gravi, non connotate da un alto grado di evidenza dell'illiceità. L'assunto sarebbe evidentemente insostenibile.

L'unica via per uscire dall'*impasse* risiede nell'ammissione (benché implicita) dell'esclusione della responsabilità per la gestione di contenuti che non presentino evidenti segni di illiceità. In altri termini, il legislatore non avrebbe specificato che l'esclusione della responsabilità si sarebbe dovuta avere anche in relazione a questa tipologia di informazioni in quanto le avrebbe considerate a priori irrilevanti per qualsivoglia tipologia di rimprovero del *provider*.

Breve: un possibile biasimo penale per il prestatore del servizio potrebbe aversi, in quest'ottica, esclusivamente nei casi in cui l'illiceità del contenuto risulti evidente.

Da ultimo, mette conto evidenziare che l'opzione risulta coerente con la lampante attenzione che il legislatore comunitario riserva al bilanciamento tra il libero esercizio di

diritti fondamentali dei destinatari dei servizi e la lesione arrecabile ai beni giuridici coinvolti dai reati di volta in volta realizzabili.

Al considerando n. 41 viene infatti dichiarato che “la direttiva rappresenta un equilibrio tra i vari interessi in gioco e istituisce principi su cui possono essere basati gli accordi e gli standard delle imprese del settore”. E ancora, si richiami il già menzionato considerando n. 46, ove si prevede che “la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell’accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all’uopo previste a livello nazionale”.

3.2. *La normativa nazionale: il d. lgs. 70/2003*

Alla direttiva sul commercio elettronico è stata data attuazione, nell’ordinamento nazionale, con il d. lgs. 70/2003¹³⁴. La rubrica della legge, d’altra parte, non lascia spazio ad interpretazioni: “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”.

Per ciò che qui interessa, si segnala come siffatta normativa, da un lato, riprenda pedissequamente la formulazione delle disposizioni comunitarie relative ai servizi di *access*, *mere conduit* e *caching* (artt. 12 e 13 della direttiva CE 2000/31), trasfondendola

¹³⁴ Per un commento alla normativa, per tutti, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell’ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell’ordinamento italiano*, cit., *passim*; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell’Internet Service Provider*, cit., pp. 602 ss.

letteralmente negli artt. 14 e 15 d. lgs. 70/2003¹³⁵, e, dall'altro lato, dia attuazione agli artt. 14 e 15 della direttiva sul commercio elettronico travisandone in larga parte il significato¹³⁶.

Quanto all'analisi della responsabilità del gestore di servizi di mera trasmissione di dati, accesso e memorizzazione temporanea degli stessi, così come risultanti in via isolata dagli artt. 14 e 15 del d. lgs. 70/2003, valgano dunque le considerazioni svolte in commento agli artt. 12 e 13 della direttiva comunitaria. In questa sede, è invece opportuno concentrare l'attenzione sul disposto degli artt. 16 e 17 del d. lgs. 70/2003.

¹³⁵ L'art. 14 del d. lgs. 70/2003, rubricato "Responsabilità nell'attività di semplice trasporto – mere conduit", prevede infatti che "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

- a) non dia origine alla trasmissione;
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione;
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

2. Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

Questo, invece, il dettato dell'art. 15 del d. lgs. 70/2003, rubricato "Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea – caching": "1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

2. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse". Ritene che, a partire dalla formulazione dell'art. 14 del d. lgs. 70/2003, sia individuabile un obbligo di porre fine alla violazione, ma solo a seguito di richiesta dell'autorità giudiziaria, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 197.

¹³⁶ D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 195 s., contesta la conformazione di siffatta normativa in quanto manca di prendere specifica posizione sulle sanzioni che dovrebbero essere inflitte al *provider* che non possa godere delle esenzioni di responsabilità previste dagli artt. 14 ss. del d. lgs. 70/2003.

3.2.1. *L'esenzione della responsabilità dell'hosting provider*

L'art. 16 prevede che:

“1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, *su comunicazione delle autorità competenti*, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”¹³⁷.

Evidente il travisamento di significato dell'art. 14, par. 3, dir. CE 2000/31. La possibilità lasciata agli Stati membri di prevedere che un'autorità giurisdizionale o amministrativa “esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine”, da facoltà ulteriore rispetto alla (necessaria) rimozione del contenuto una volta avutane conoscenza, e più volte sottolineata, diviene fondamentalmente il requisito cui la legge subordina la tenuta della condotta reattiva¹³⁸.

¹³⁷ In senso profondamente critico, G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 52 s., il quale ritiene che: (i) siffatto regime inverta l'onere della prova in ordine alla consapevolezza dell'illiceità delle informazioni: previsione «degn[a] di un regime di polizia»; (ii) imponga al *provider* una *probatio diabolica* poiché sarebbe impossibile dimostrare la “mancata conoscenza” dell'informazione illecita; (iii) fa dipendere siffatta prova da una circostanza assai difficilmente verificabile (l'illiceità del contenuto) senza un approfondimento giuridico dettagliato; (iv) assegna ad un privato un dovere di limitare le libertà salvaguardate dagli artt. 21 Cost. e 9 CEDU. Così, per escludere la propria responsabilità, a parere dell'A., il fornitore dovrebbe operare un controllo su tutti i contenuti veicolati, in tal guisa contravvenendo alle previsioni di cui agli artt. 15 dir. CE 2000/31 e 17 d. lgs. 70/2003.

¹³⁸ In senso opposto, G. PICA, voce *Internet*, cit., p. 54, il quale ravvisa nell'ultimo paragrafo degli artt. 12, 13 e 14 della direttiva «la volontà della direttiva di autorizzare gli Stati dell'Unione a introdurre un obbligo per i *providers* di rimozione delle informazioni illecite o di disabilitazione dell'accesso alle stesse, ma su disposizione dell'autorità competente, e pur sempre “in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri”, cioè in conformità dei principi sostanziali e processuali vigenti in ciascuno Stato membro».

In altri termini, alla luce della normativa nazionale, non sarebbe una qualsivoglia conoscenza di un contenuto illecito a dover implicare l'attivarsi dell'*hosting provider*: l'esenzione della responsabilità per tale prestatore dovrebbe essere garantita quando "non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso"¹³⁹.

Anche il periodo da ultimo richiamato non pare brillare per chiarezza. Non si comprende infatti se oggetto della comunicazione debba essere l'esistenza di un contenuto illecito caricato su un proprio server, dalla quale dovrebbe dipenderne la conoscenza e, conseguentemente, il sostanziale dovere di rimozione, ovvero se debba considerarsi tale il diretto dovere di rimozione¹⁴⁰.

Invero, poco cambierebbe nel concreto: che l'obbligo di oscuramento pervenga da una sua conoscenza "qualificata" ovvero immediatamente dall'autorità, il *provider*, una volta ricevuta la suddetta "comunicazione", si troverebbe obbligato ad assumere i relativi provvedimenti.

A nostro parere, per evirare che l'ultimo comma dell'art. 16 d. lgs. 70/2003 possa risultare una mera replica di quanto previsto al comma 1, lett. b), del medesimo articolo¹⁴¹, andrebbe accolta la prima impostazione: sarebbe la conoscenza "qualificata" da parte del *provider* a far sorgere l'obbligo di oscuramento del contenuto illecito.

Quale forma debba poi assumere la struttura del rimprovero – ammesso che un rimprovero possa muoversi – all'operatore economico che, pur a conoscenza del contenuto illecito, non lo rimuova o ne inibisca l'accesso è questione centrale e assai controversa. A nostro avviso, come più volte osservato, egli dovrebbe rispondere in concorso commissivo con l'utente che abbia caricato l'informazione vietata o che ne abbia provocato l'ulteriore diffusione.

La normativa di attuazione della direttiva comunitaria sul commercio elettronico, dunque, restringe la responsabilità per il gestore del servizio di *hosting*: l'obbligo di

¹³⁹ Da tale assunto, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 197, ricava l'obbligo per l'*hosting provider* di rimuovere il contenuto illecito di cui sia effettivamente a conoscenza, sempre previa richiesta dell'autorità.

¹⁴⁰ Per la seconda soluzione propende, ad es., S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 371.

¹⁴¹ Esso prevede infatti che "L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".

rimozione viene infatti subordinato ad una conoscenza “qualificata”, dovuta ad una comunicazione dell’autorità¹⁴².

Così, a rigore, rimarrebbe del tutto irrilevante che il *provider* possa essere venuto a conoscenza dell’informazione illecita per altre vie (ad es., come avviene nella maggior parte dei casi, perché segnalato dalla persona offesa): la propria responsabilità dipenderebbe esclusivamente dal mancato oscuramento di una informazione attenzionata dall’autorità¹⁴³.

Il ragionamento, espresso sinteticamente, potrebbe essere meglio articolato.

L’art. 16 del d. lgs. 70/2003 enuclea una disciplina volta ad esentare dalla responsabilità il gestore del servizio di memorizzazione di lunga durata di dati. In linea teorica, dunque, restringendo l’ambito di applicazione di una norma di favore, la disciplina nazionale dovrebbe essere qualificata come meno favorevole per l’ISP rispetto a quella comunitaria.

La soluzione risulterebbe però evidentemente illogica. Alla stregua dei principi generali, il *provider* che consapevolmente non oscurasse un contenuto illecito di cui è venuto a conoscenza per vie non ufficiali potrebbe essere chiamato a rispondere in concorso con l’utente per averne consentito l’ulteriore diffusione. E a tale forma di responsabilità non farebbe da *pendant* una causa di esenzione del rimprovero codificata: essa si dovrebbe ricavare dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 27 Cost.¹⁴⁴.

In tal guisa, parrebbe però oltremodo peculiare la scelta del legislatore di codificare una causa di esclusione della responsabilità più grave e, al contempo, di non pronunciarsi su quella più lieve. È infatti naturale che il mancato oscuramento di un contenuto illecito alla cui conoscenza il prestatore del servizio è pervenuto tramite comunicazione dell’autorità mostri un disvalore assai maggiore rispetto alla corrispondente ipotesi fattuale, però priva di un contatto “qualificato”.

Di qui la volontà del legislatore nazionale di escludere, in assoluto, la responsabilità del prestatore qualora questi non abbia rimosso un contenuto illecito non segnalato dall’autorità e, per converso, di prevedere l’obbligo di attivazione del *provider* solamente quando questi sia stato destinatario della specifica comunicazione. Questa, riteniamo, è la ragione per la quale difetta qualsivoglia riferimento ad una conoscenza “non qualificata” tra le cause di esenzione del rimprovero dell’ISP.

¹⁴² Valorizzano siffatto profilo anche V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., 2004, p. 1925 e S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 371.

¹⁴³ Pare orientarsi diversamente, invece, G. FIORINELLI, *L’attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 6, la quale sembra ammettere l’esistenza di un obbligo per il *provider* di rimuovere contenuti illeciti e informare le autorità competenti qualora questi ne vengano occasionalmente a conoscenza.

¹⁴⁴ Tale considerazione getta luce anche sulla natura giuridica delle cause di esclusione del rimprovero in esame. Rifacendosi a principi generali, riteniamo che esse debbano considerarsi cause di esclusione del *tipo* piuttosto che scriminanti, scusanti o cause di esclusione della punibilità: tutte ipotesi che precludono una dichiarazione di responsabilità, ma che radicano la propria giustificazione su basi giuridiche o politico-criminali assai diverse da quelle in esame. Alla stessa conclusione perviene anche S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 592, 594.

D'altro canto, il contrasto di tale disposizione con la previsione comunitaria verrebbe altresì dimostrato dall'assenza di qualsivoglia riferimento alla possibilità assegnata agli Stati membri "di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime" (art. 14, par. 3, dir. 2000/31): indice della circostanza che, in ottica comunitaria, la conoscenza idonea a consentire la (de)responsabilizzazione ben potrebbe non provenire dall'autorità.

3.2.2. L'assenza di un dovere di sorveglianza nell'orizzonte del d. lgs. 70/2003

Di particolare rilevanza per la responsabilità dei *providers* – e ciò a prescindere dal tipo di servizio da questi prestato – è altresì, nell'addentellato normativo nazionale, il comma 3 dell'art. 17 d. lgs. 70/2003: disposizione relegata in chiusura della disciplina, ma che, in totale disallineamento e con le norme ad essa antecedenti, e, soprattutto, con il dettato di matrice comunitaria, se non ben compresa, consentirebbe di circoscrivere la responsabilità dei fornitori alle sole ipotesi di mancata ottemperanza all'ordine di oscuramento dell'autorità o di omessa segnalazione dell'illecito agli organi competenti.

Nello specifico, l'art. 17 del d. lgs. 70/2003, rubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza" prevede che:

"1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto:

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

3. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente".

Nulla da osservare con riguardo ai primi due commi della disposizione richiamata: essi riprendono testualmente la formulazione comunitaria. Rispetto ad essi, valga dunque il richiamo alle conclusioni formulate in commento alla disciplina prevista dall'art. 15 dir. CE 2000/31: (i) non vi è alcun dovere di controllo momento per momento da parte dei *providers* sul contenuto delle informazioni veicolate e, conseguentemente, va escluso qualsivoglia tentativo di fondare un rimprovero a titolo autonomo ed omissivo per il prestatore del servizio; (ii) le attività commesse da terzi la cui illiceità non risulta immediatamente percepibile non potrebbero fondare alcun tipo di censura nei confronti dell'operatore economico (naturalmente, per non aver rimosso o comunque per aver agevolato la diffusione del contenuto).

Il vero *punctum dolens* è invece rappresentato dall'ultimo comma del citato articolo. Esso parrebbe infatti relegare la responsabilità degli ISP o al mancato rispetto di ordini di oscuramento di autorità giudiziarie o amministrative con funzioni di vigilanza, ovvero alla carenza di una consapevole comunicazione a tali organi degli illeciti realizzati tramite i propri servizi¹⁴⁵.

In particolare, la disposizione in esame – si noti: l'unica formulata in positivo – prevede una responsabilità *civile* del *provider* che non abbia ottemperato alla richiesta di impedimento dell'accesso al contenuto illecito che provenga dall'autorità, oppure al dovere di comunicazione dell'illecito all'autorità competente¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Benché il riferimento rimanga inespresso, pare riferirsi a siffatta disposizione A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., p. 27, quando osserva che «sotto il profilo giuridico, deve rilevarsi come il quadro normativo di cui agli articoli 14 e seguenti del D.Lgs. 70/2003 consenta al *provider* di impedire l'accesso ai dati da altri immessi e di rimuoverli solo a seguito di richiesta dell'autorità o ove tale materiale risulti *ictu oculi* illecito; in tutti gli altri casi, la rimozione di materiale può dar luogo, quantomeno, ad un obbligo risarcitorio dell'ISP nei confronti dell'utente ingiustamente censurato». Nel medesimo senso si volge anche R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 603.

¹⁴⁶ In termini assai critici, D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 196 s., il quale osserva che «tale disciplina, incentrata sulla responsabilità civile del *Provider*, se è certamente adeguata alla seconda delle due ipotesi disciplinate dalla norma in oggetto (non rimuovere un pregiudizio per un terzo, del quale si ha conoscenza), non pare assolutamente sufficiente nei casi nei quali la richiesta di impedire l'accesso provenga dall'autorità giudiziaria, a seguito del compimento di un reato. Non sembra, infatti, avere molto

Ebbene, è chiaro che se tale previsione venisse intesa in senso delimitativo di un eventuale obbligo di risarcimento del danno al solo caso di mancata ottemperanza ad un ordine “qualificato”, ovvero al difetto di informazione circa l’illiceità di un contenuto, è naturale che, a maggior ragione, solamente a queste condizioni potrebbe ricollegarsi anche una eventuale responsabilità penale.

Tale conclusione, nondimeno, priverebbe di qualsivoglia significato quanto esposto negli articoli precedenti. Ci potrebbe chiedere, infatti, quale sia la ragione che abbia portato il legislatore a formulare criteri di delimitazione della responsabilità (anche penale) del prestatore del servizio digitale, peraltro distinguendoli a seconda dell’attività concretamente svolta, per poi chiudere individuando una responsabilità civile (esclusivamente) in caso di mancata ottemperanza all’obbligo di rimozione o di mancato avviso all’autorità di attività illecite commesse per proprio tramite. Esemplificando, quale sarebbe la ragione sottesa all’esclusione della responsabilità dell’*hosting provider* che “non appena a conoscenza [dell’illiceità], su *comunicazione* delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso” (art. 16, comma 1, lett. b, d. lgs. 70/2003) se poi la sua responsabilità civile (e, conseguentemente, penale) venisse circoscritta alle sole ipotesi di mancata denuncia o ossequio all’ordine di oscuramento? E ancora, quale funzione potrebbe assumere la riduzione della portata applicativa dell’esonero dal risarcimento del danno nelle ipotesi di conoscenza “di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione” a cui non faccia seguito la rimozione del contenuto (art. 16, commi 1 e 2, lett. a. d. lgs. 70/2003) se comunque sarebbe necessario, per addivenire ad una responsabilità civile, un ordine di oscuramento o una mancata informazione all’autorità?

D’altra parte, come anticipato, la facoltà di varo di una così limitata responsabilità dell’operatore economico non viene mai paventata dalla disciplina comunitaria, che, viceversa, si pone in direzione diametralmente opposta: di norma, sarebbe la conoscenza del contenuto illecito – in qualunque forma si fosse avuta – a far scattare il dovere di attivarsi per disabilitarne l’accesso (almeno per i fornitori di servizi di memorizzazione di lunga durata di dati)¹⁴⁷.

senso che il *provider* risponda civilmente se non impedisce l’accesso ad un sito *e-commerce* che pubblicizza o vende online materiali che inneggiano allo sterminio degli ebrei, manuali per la costruzione di ordigni esplosivi, o ancora foto pedopornografiche!».

¹⁴⁷ Quanto ai fornitori di servizi di *caching*, al netto delle problematiche di imputazione oggettiva sopra esposte (cfr. § 3.1.2.), tale obbligo viene subordinato non già alla conoscenza dell’illiceità del contenuto in sé, bensì

Così, alla luce di quanto evidenziato, l'unica lettura dell'art. 17, comma 3, d. lgs. 70/2003 astrattamente compatibile con il dettato europeo è quella che conduce ad una sua sostanziale *interpretatio abrogans*. In altri termini, almeno nel settore penale, la previsione secondo cui "il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente" dovrebbe essere letta non in senso restrittivo della responsabilità, a nostro avviso di matrice concorsuale e commissiva, bensì dovrebbe confermare la censura penale nei casi di mancato adempimento ad ordini dell'autorità o ad obblighi di denuncia, qualora ricollegabile ad ulteriori ipotesi di reato: in specie, all'art. 650 c.p.¹⁴⁸, all'art. 364 c.p.¹⁴⁹ o all'art. 3, d. l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con l. 15 marzo 1991, n. 82¹⁵⁰.

Prima di proseguire con la valutazione delle modifiche apportate dal recente Regolamento UE 2022/2065, che ha condotto alla coeva abrogazione degli artt. 14, 15, 16, 17 d. lgs. 70/2003¹⁵¹, si ritiene opportuno passare in rassegna le varie impostazioni dottrinali e giurisprudenziali che, a partire dall'esegesi della normativa richiamata (sovranzionale e interna), hanno cercato di tratteggiare lo statuto della responsabilità penale dei *providers*. Come si avrà modo di vedere, proprio da esse, oltre che dalla (prima) normativa di matrice comunitaria, il DSA trae diversi spunti.

alla conoscenza dell'obbligo di oscuramento da parte dell'autorità o dall'avvenuta rimozione delle informazioni dal luogo in cui si trovavano. Come si ricorderà, il rimprovero per *access providers* e fornitori di servizi di mero trasporto di dati viene invece escluso al ricorrere del mancato intervento da parte del prestatore del servizio sulle informazioni trattate.

¹⁴⁸ Salvo, invero, che si ricada nell'ipotesi descritta all'art. 1, comma 7, d. l. 72 del 2004 (cfr. *infra*, § 4.3.).

¹⁴⁹ L'art. 364 c.p. sanziona infatti con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 103 a euro 1.032 il privato che, avendo avuto notizia di un delitto contro la personalità dello Stato, per il quale la legge stabilisce l'ergastolo, non ne faccia immediatamente denuncia all'Autorità indicata nell'articolo 361.

¹⁵⁰ Esso prevede infatti che "Chiunque, essendo a conoscenza di atti o fatti concernenti il delitto, anche tentato, di sequestro di persona a scopo di estorsione o di circostanze relative alla richiesta o al pagamento del prezzo della liberazione della persona sequestrata, ovvero di altre circostanze utili per l'individuazione o la cattura dei colpevoli o per la liberazione del sequestrato, omette o ritarda di riferirne all'autorità di cui all'articolo 361 del codice penale è punito con la reclusione fino a tre anni".

¹⁵¹ Come già osservato, tali disposizioni sono state esplicitamente abrogate dall'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024.

4. *Il formante dottrinale*

Dall'analisi dei diversi scritti dottrinali sedimentatisi lungo la ricerca finalizzata a valutare possibilità e forme della responsabilità penale dell'ISP risultano ricavabili due dati di sintesi: (i) la tendenziale esclusione del rimprovero del *provider* e (ii) la (ormai ben nota) difficoltà di qualificazione attiva o omissiva dello stesso.

Ciò non di meno, volendo operare una classificazione delle variegate opinioni interpretative espresse, pare utile riprendere una innovativa posizione dottrinale tesa a distinguere le diverse funzioni economico-sociali che, alla stregua del dato normativo, tali operatori economici sarebbero chiamati ad esplicare¹⁵².

Così, sarà valutata la possibilità di incardinare il ruolo del *provider* all'interno di tre differenti paradigmi, idealmente collocabili all'interno di una piramide di "controllo sociale". Si partirà dal vertice, ovvero dalla possibilità di assegnare al *provider* un ruolo di "controllore" del cyberspazio. Si proseguirà con la base, valutando le argomentazioni giuridiche a sostegno della parificazione della posizione del *provider* a quella dell'utente. Si chiuderà valutando l'incardinabilità della responsabilità dell'ISP su un piano intermedio, a cavallo tra quello di vertice e di base, tendenzialmente riconducibile a doveri di segnalazione o di denuncia di reati commessi tramite i propri servizi.

4.1. *L'ISP come controllore del cyberspace*

Costantemente escluso sia in dottrina sia in giurisprudenza, tale paradigma concentra il baricentro di tutela esclusivamente a vantaggio delle vittime dei reati realizzabili in rete. In specie, ci si chiede se, sulla base della legislazione vigente, al *provider* possa essere mosso un biasimo per non aver impedito la verifica di offese nel *cyberspace*. Sul piano

¹⁵² Così, in particolare, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 5 ss., poi ripresa in ID., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, cit., p. 1621 s., il quale assegna alla propria classificazione altresì la funzione di graduare diversamente i beni fondamentali in conflitto. La classificazione è ripresa anche da G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 6 s.

tecnico-giuridico, il rimprovero assume i connotati di reato omissivo improprio, volto cioè a prevenire illeciti altrui¹⁵³.

Ebbene, oltre alle richiamate impossibilità tecniche di controllo preventivo e di impedimento dell'offesa¹⁵⁴, ricorrono argomenti volti ad escludere siffatta forma di responsabilità ora alla luce della formulazione dell'art. 17 del d. lgs. 70/2003, il quale nega espressamente la possibilità che “nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore [venga] assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, [ovvero] ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”¹⁵⁵, ora richiamando l'inapplicabilità dell'artt. 57 e 57-bis c.p.¹⁵⁶.

¹⁵³ Cfr. *supra*, § 2.4.

¹⁵⁴ Cfr. *supra*, § 2.4.

¹⁵⁵ In questo senso, tra gli altri, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 26; S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 597 s.; ID., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, cit., pp. 1622 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., pp. 2526 ss., in part. 2528; V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 179 s.; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 5 s.; L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 81; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 12; B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 40 s. Sul punto, segnala come difetti qualsivoglia fondamento sostanziale per una posizione di garanzia, a prescindere dall'esclusione dettata dall'art. 17, R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 603, che osserva: «se infatti si assume come punto di riferimento una posizione di garanzia assimilabile a quelle di controllo [...], non solo, da un lato, l'utente non ha peculiarità personali che lo rendono di per sé pericoloso, ma, dall'altro lato, l'ISP, a ben vedere, non ha addirittura alcun legame sostanziale con l'utente. Se invece si assume come punto di riferimento una posizione di garanzia assimilabile a quelle di protezione (necessità di far fronte alla particolare vulnerabilità di determinati beni), non mi pare configurabile un bene giuridico meta individuale corrispondente ad una “rete sana”, rispetto al quale l'ISP assume una posizione di protezione da ogni fonte di pericolo».

¹⁵⁶ Così, pur con argomenti non sempre sovrapponibili, A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 148; F. RUGGIERO, *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, cit., p. 592; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., pp. 2524 ss.; EAD., *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, cit., p. 96 s.; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in Internet per i casi di diffamazione on line*, cit., pp. 540 ss.; ID., *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, cit., pp. 52 ss.; A. BEVERE, V. ZENOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in *Dir. inf. e informatica*, 2011, p. 381; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 27; S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., pp. 584 ss.; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 603 s.; B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 40; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 4 s. Escludono l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata telematica, variamente, C. MELZI D'ERIL, *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on line*, in *Dir. inf. e informatica*, 2010, p. 904 s.; C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2010, pp. 91 ss.; I. SALVADORI, *La normativa*

In relazione a quest'ultimo profilo, si valorizza l'impossibilità di estendere la definizione di stampa, così come espressa dall'art. 1 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 (legge sull'editoria)¹⁵⁷, ai veicoli di informazione *online* non registrati. Nello specifico, si rileva «come il trasferimento di contenuti digitali realizzato attraverso la rete internet non contempli alcuna riproduzione tipografica, né (tantomeno) sia finalizzato alla pubblicazione, atteso che, se pure in alcuni casi i contenuti digitali possano essere stampati, ciò non avviene certo in vista di una loro “pubblicazione”, ma semmai per l'utilità che la stampa possa dare al singolo utente»¹⁵⁸.

La questione è stata per vero a più riprese valutata dalla giurisprudenza. Ad una iniziale chiusura in merito alla parificazione anche delle testate giornalistiche *online* agli stampati, poiché in contrasto con il divieto di analogia in *malam partem*, è seguita una ferma presa di posizione della Cassazione, nella sua più autorevole composizione¹⁵⁹. Si è così affermato che «la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di ‘stampa’ e soggiace alla normativa, di rango costituzione e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico»¹⁶⁰. Da qui la successiva applicabilità dell'art. 57 c.p. ai direttori delle testate *online*¹⁶¹; estensione tuttavia

penale della stampa non è applicabile, de jure condito, ai giornali telematici, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2982 ss.; I. PISA, *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 457 ss.; G.E. VIGEVANI, *La «sentenza figlia» sul direttore del giornale telematico: il caso Hamauì*, in *Dir. inf. e informatica*, 2011, pp. 798 ss.; P. DI FABIO, *Blog, giornali on line e «obblighi facoltativi» di registrazione delle testate telematiche: tra confusione del legislatore e pericoli per la libera espressione del pensiero su Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2012, pp. 1120 ss.; D. PETRINI, *Il direttore della testata telematica, tra horror vacui e prospettive di riforma; sperando che nulla cambi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1611 ss.; S. VIMERCATI, *Il revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, in *MediaLaws*, 25 giugno 2018 e, da ultimo, EAD., *Revirement dei giudici di merito: il direttore della testata telematica non risponde del reato di omesso controllo. Verso due nozioni di “stampa”?*, in *MediaLaws*, 26 ottobre 2023.

¹⁵⁷ Questa la definizione di stampa o stampato enucleata dalla disposizione: “sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione”.

¹⁵⁸ G.P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider “attivo”*, cit., p. 4. In linea con l'esito, ma non con l'argomentazione, R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 604, che viene persuaso dall'idea «che le posizioni di coloro che operano in internet sono funzionalmente diverse da quelle di chi dirige un periodico. Ed infatti, la posizione dell'ISP, come abbiamo visto, è una posizione neutra e quindi nella sostanza estranea all'attività degli utenti. Ma anche chi coordina un blog o un forum mediante un'attività di filtro, se da un lato non assume una posizione di autentica neutralità, tuttavia dall'altro lato non si colloca nemmeno in quella peculiare posizione sovraordinata e direzionale che caratterizza il direttore di un periodico, ragion per cui tale soggetto risponderà a titolo di concorso – per così dire – ordinario».

¹⁵⁹ Sull'evoluzione giurisprudenziale, A. RANGHINO, *La Corte ribadisce che la tutela nei confronti del sequestro di cui all'art. 21 c. 3 Cost. si applica solo ai giornali telematici registrati*, in *MediaLaws*, 28 gennaio 2022.

¹⁶⁰ *Cass. pen.*, Sez. Un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015.

¹⁶¹ A. RANGHINO, *La Corte ribadisce che la tutela nei confronti del sequestro di cui all'art. 21 c. 3 Cost. si applica solo ai giornali telematici registrati*, cit., mostra tuttavia perplessità sulla soluzione adottata in quanto sostanzialmente rimessa ad un adempimento facoltativo (la registrazione della testata), obbligatorio solamente

recentemente negata dalla migliore giurisprudenza di merito, che, accortasi della violazione del divieto di analogia *in malam partem*, pare essere tornata sui propri passi¹⁶².

D'altro canto, nella medesima pronuncia delle Sezioni Unite si è osservato che «ove ricorrano i presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, è ammissibile, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen. di un sito *web* o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata»¹⁶³.

Inoltre, si sottolinea come la pericolosità di una condotta idonea a fondare una posizione di garanzia – considerazione a nostro avviso da avversare¹⁶⁴ – non possa risultare integrata dalla mera astratta possibilità per gli utenti di commettere reati, collocandosi la fornitura del servizio in un momento eccessivamente distante dal fatto tipico¹⁶⁵.

qualora si voglia accedere al finanziamento pubblico previsto dalla l. 62/2001. Invero, evidenziava come ad un eventuale obbligo di registrazione delle testate editoriali *online* sarebbe conseguita una sostanziale responsabilità da posizione per il direttore responsabile, investito del controllo preventivo, in quanto destinatario di un dovere di vigilanza incompatibile con i frequenti aggiornamenti del giornale telematico, già S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 590.

¹⁶² Cfr. C. MELZI D'ERIL, *L'applicabilità della disciplina prevista per la stampa a Internet: l'ultima puntata di una lunga storia, tra legislatore assente e giurisprudenza (molto) creativa*, in *MediaLaws*, 5 novembre 2024, cui si rimanda anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

¹⁶³ Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2015, n. 31022. Per un commento ad una pronuncia successiva coerente con i medesimi principi S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inesistibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati n tema di sequestro*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015, pp. 1 ss.

¹⁶⁴ Tale impostazione porta infatti a confondere la natura commissiva con quella omissiva della condotta, fondamentale sotto plurimi aspetti. Sul punto, in ogni caso, si rimanda al Cap. III. Rifiuta la precedente attività pericolosa quale fonte di una posizione di garanzia anche F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 408, il quale, evidenziando come l'errore si annidi in una eccessiva parcellizzazione della situazione, osserva che «è infatti sufficiente allargare lo sguardo per comprendere che il supposto garante altri non è che un soggetto che poco prima ha creato o innalzato una situazione di pericolo, generando improvvidi affidamenti nel titolare o nel garante reale del bene poi offeso». In senso analogo, approfondendo l'evoluzione giurisprudenziale che, sotto mentite spoglie, cela un tacito avallo alla teoria dell'ingerenza, M.F. CARRIERO, *L'Ingerenz-theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, cit., pp. 957 ss. e, precedentemente, approfondendo altresì la genesi della teoria, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 277 ss. Risulta contrario all'adozione di siffatta impostazione anche A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, Giappichelli, Torino 2020, p. 60 s. e, nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 163 s. *Contra*: F. SGUBBI, *Parere pro-veritate*, in *Dir. inf. e informatica*, 2009, p. 745, il quale, in commento al diritto vivente, evidenzia che «la fonte [della posizione di garanzia] può essere il sistema normativo nel suo complesso, o i rapporti fattuali in essere fra due soggetti – il cosiddetto contatto sociale –, l'esercizio di una attività pericolosa, ecc.». Mostra aperture anche M. MANTOVANI, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in *Arch. pen.*, 15 gennaio 2020, *passim*. In argomento, a partire dal caso Ciontoli (Vannini), compiutamente, A. GARGANI, *Lo strano caso dell'“azione colposa seguita da omissione dolosa”*. *Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, in *Discrimen*, 18 novembre 2020 e M. SPINA, *Il “caso Vannini”*. *Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen.*, 16 ottobre 2020.

¹⁶⁵ Valorizzano la liceità dell'attività del *provider* per escludere l'individuazione di una posizione di garanzia, con diversi accenti, U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, cit., pp. 1210 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro*

Si evidenzia allora come «l'attività del *service* e dell'*access provider* è un momento imprescindibile per rendere accessibili a tutti i cittadini le informazioni che circolano sulla rete, per consentire a ciascuno di comunicare e di interagire con gli altri utenti, garantendo la natura sostanzialmente “democratica” di *Internet*. Qualsiasi tentativo di vedere nella rete un pericolo per i diritti dei cittadini deve, pertanto, essere scoraggiato: l'astratta possibilità che si commettano reati *online* non può rendere, per ciò solo, pericolosa la necessaria e fondamentale attività di concessione di servizi per tutti i potenziali utenti, messi in grado di accedere alla enorme massa di informazioni che circolano *online*, sempre più indispensabili nella gestione quotidiana della propria vita sociale, professionale e privata»¹⁶⁶.

D'altro canto, sarebbe assurdo escludere – come si è esclusa – una responsabilità a titolo commissivo del *provider* per aver agevolato *ex ante* la commissione del reato, in quanto attività del tutto consentita¹⁶⁷, e, al contempo, ripiegare su un titolo di rimprovero omissivo (beninteso, per la medesima condotta) fondato sulla generica possibilità per gli utenti di commettere reati.

Ampliando la valutazione non solo ai doveri di prevenzione dei reati, bensì anche a quelli di cessazione degli stessi, pur sempre ricavati su base omissiva, vanno però segnalate quelle autorevoli impostazioni minoritarie, di cui si è parzialmente dato conto in precedenza¹⁶⁸, che ne ravvisano la sussistenza a partire dalla formulazione di obblighi di rimozione delle informazioni illecite.

In questo orizzonte, vanno distinte le opinioni che ritengono di poter basare il dovere di impedimento a partire dalla generica conoscenza del contenuto illecito da quelle che, viceversa, ritengono imprescindibile un ordine o una comunicazione impartiti dall'autorità.

Le prime si rifanno genericamente al disposto degli artt. 14 ss. del d. lgs. 70/2003, benché formulato “in negativo”.

gestiscono?, cit., p. 2527; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 169; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 28. Di diverso avviso, invece, F. SGUBBI, *Parere pro-veritate*, cit., p. 746, il quale, in commento all'impostazione accusatoria nel caso Google vs. Vivi Down, osserva che «la gestione di un sito nel quale chiunque può caricare un proprio video con una semplice operazione di upload è senza dubbio esercizio di attività pericolosa per i beni altrui, considerata anche la potente diffusività dei messaggi diffusi a mezzo internet».

¹⁶⁶ D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 169.

¹⁶⁷ Cfr. § 2.2.2.

¹⁶⁸ Il richiamo è alla posizione di L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., p. 504, il quale giustifica l'obbligo di impedimento del reato alla luce della definizione di “trattamento” dei dati personali di cui art. 1, comma 2, lett. b, l. 675 del 1996, oggi sostituita e ampliata dall'art. 4, n. 2, del Regolamento UE 2016/679.

Si osserva infatti che «è possibile ricavare da tali precetti [segnatamente, dagli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. 70/2003], contenuti in una fonte rispettosa dell'esigenza di legalità, quegli "obblighi giuridici" che sono presupposto per la responsabilità per omesso impedimento dell'evento (ex art. 40, capoverso, c.p.) oltre che, eventualmente, per concorso nel reato mediante omissione (ex art. 110 s. c.p.)»¹⁶⁹.

Le seconde ritengono ravvisabile una posizione di garanzia, generalizzata o settoriale¹⁷⁰, a partire da una conoscenza "qualificata" dell'illecito, consistente ora in un ordine di rimozione, ora in una mera comunicazione dell'illecito da parte dell'autorità¹⁷¹.

In quest'ottica, si segnala che «da un lato, si può ritenere infatti che, a seguito della presenza/permanenza del reato nella rete e soprattutto a causa della sua cognizione derivante da una comunicazione qualificata, si venga a creare quella relazione sostanziale tra l'ISP e il reato che contraddistingue le posizioni di garanzia: in presenza di un reato già commesso e che permane, è la stessa rete che diviene pericolosa. Inoltre, in tale ipotesi l'ISP risulta dotato di effettivi poteri fattuali e giuridici di interdizione. Dall'altro lato, in questa prospettiva, le norme sopra citate [ovvero quelle che, nella visione dell'A., impongono doveri di oscuramento¹⁷²] finiscono per l'appunto per prevedere un obbligo giuridico di impedimento di protrazione del reato»¹⁷³.

Ebbene, come più volte segnalato, mentre non si può che condividere l'insussistenza di obblighi destinati, *ex ante*, a prevenire la commissione di reati, non si può che rifiutare la tesi che ravvisa nella normativa nazionale un dovere di impedimento dell'evento. Essa

¹⁶⁹ L. PICOTTI, *Commento art. 600 ter, III comma, c.p.*, cit., p. 210. Pare orientarsi in questo senso, benché con specifico riguardo all'attività di *hosting*, anche B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 46.

¹⁷⁰ Pare orientato verso la prima opinione, pur qualificandola come "ardita", R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 605 s.; verso la seconda, con specifico riguardo alla tutela dei diritti d'autore, invece, R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 458 s.

¹⁷¹ In termini negativi, anche con riguardo alle teorie che ritengono di poter fondare una posizione di garanzia su meri obblighi di segnalazione dell'illecito, diffusamente, S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., pp. 598 ss.

¹⁷² Secondo questa visione, «si tratta: degli artt. 14, comma 3, 15, comma 2 e 16, comma 3, d.lgs. n. 70/2003 ("l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore nell'esercizio delle sue attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse"); dell'art. 14-quater, l. 269/1998 ("i fornitori di connettività alla rete internet, al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro, sono obbligati ad utilizzare gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche"); nonché dell'art. 163, l. n. 633/1941 ("il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività che costituisca violazione del diritto stesso, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari")» (così, R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 605 s.).

¹⁷³ R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, cit., p. 606.

parrebbe infatti confondere i profili omissivi della condotta (invece) attiva del *provider*. L'assunto risulterà comunque più chiaro al termine del seguente Capitolo.

4.2. *L'ISP come utente del cyberspazio*

Sul piano diametralmente antitetico rispetto alla conformazione del biasimo per non aver impedito la commissione del reato (o per non averne fatto cessare la protrazione), si colloca la responsabilità autonoma o concorsuale commissiva del prestatore del servizio. In questa visione, non potendolo considerare destinatario di un qualsivoglia dovere derivante dalla propria peculiare posizione, l'operatore economico sarebbe chiamato a rispondere alla stregua di un semplice utente (pur, evidentemente, alla luce degli specifici connotati dell'attività prestata).

E sotto questo specifico profilo, come ampiamente osservato, nessun dubbio sussiste sulla possibilità di invocare la responsabilità dei *provider* nei casi di autoria o di concorso commissivo nel reato del privato. Oltre alle ipotesi del *content provider* (autoria) e del gestore di un *newsgroup* o di una *mailing list* (concorso), si condivide, pur con una precisazione¹⁷⁴, l'opinione di chi rileva come «una condotta di autore si configura altresì nei confronti di colui che riprende da altro sito contenuti illeciti, conferendo loro una nuova diffusione pure mediante collegamenti ipertestuali [...]; un concorso di persone si determina invece se l'utente del servizio agisce sotto l'autorità o controllo del *provider* (art. 16 comma 2 d. lg. n. 70 del 2003) o se quest'ultimo agevola il reperimento dei contenuti illeciti attraverso un'attività manuale di catalogazione o indicizzazione»¹⁷⁵.

Parallelamente a quanto avvenuto prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 70/2003, anche nel periodo ad essa successivo sono stati approfonditi, tendenzialmente in senso delimitativo della responsabilità dell'ISP: (i) l'elemento soggettivo necessario a sostenere una eventuale responsabilità concorsuale del *provider*; (ii) il momento consumativo del reato dell'utente, che se individuato nel momento di prima pubblicazione del contenuto,

¹⁷⁴ A nostro avviso, la ri-pubblicazione mediante link ipertestuale, in quanto necessariamente dipendente dal mantenimento del contenuto sul server di provenienza, dovrebbe essere inquadrata nel paradigma concorsuale.

¹⁷⁵ S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 595, il quale però ritiene di dover collocare tra le ipotesi di autoria anche quelle ove l'ISP «decide in ordine [alla diffusione del contenuto] in forza dei suoi poteri di controllo e moderazione o seleziona i destinatari».

collocherebbe l'eventuale successivo contributo concorsuale del *provider* in un mero *post factum* non punibile.

(i) Quanto alla prima questione, non di rado si ritiene che la neutralità della condotta del fornitore dovrebbe essere compensata da un dolo di partecipazione particolarmente intenso, nella sostanza coincidente con il dolo diretto. E tale assunto, secondo questa impostazione, troverebbe conferma nella formulazione degli artt. 15, comma 1, e 16, comma 1, del d. lgs. 70/2003, i quali richiedono, ai fini dell'esclusione del rimprovero del *caching* o dell'*hosting provider*, la conoscenza *effettiva*, rispettivamente, della circostanza che le informazioni illecite sono state rimosse dal luogo dove si trovavano o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato (oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione), ovvero dell'illiceità del contenuto, intervenuta per via "qualificata", nel senso anzidetto.

A nostro avviso, la questione andrebbe fortemente ridimensionata; e ciò sebbene possa in linea teorica essere condivisa la tesi che esclude, sulla base della richiesta di una conoscenza *effettiva*, la responsabilità del *provider* nelle ipotesi di dolo eventuale¹⁷⁶. Dovendosi infatti ricomprendere nell'oggetto del dolo tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico (o quantomeno quelli denotanti il rischio della sua integrazione), oltre che il nesso di rischio – altresì connotato dal grado dell'offesa –, si fatica ad immaginare ipotesi sorrette solamente da dolo eventuale¹⁷⁷.

D'altra parte, si evidenzia che mai l'elemento soggettivo potrebbe sopperire ad una liceità di base della condotta. Così, se ciò a cui si mira è sanzionare un'azione precedente alla commissione dell'illecito da parte dell'utente, è necessario che questa assuma caratteri

¹⁷⁶ Già prima del varo del d. lgs. 70/2003 richiedevano il dolo diretto S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., 101 s.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 766; A. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, cit., p. 149 s. Non ravvisava elementi idonei ad escludere il dolo eventuale, invece, L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 502 ss. Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 70/2003, considerano insufficiente il dolo eventuale G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., pp. 2529; D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet*, cit., p. 153; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., p. 794; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, cit., p. 560 s.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 18; S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 596; B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., pp. 47.

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, § 2.2.2.

oggettivi sconfinanti rispetto ai parametri consentiti dall'ordinamento, a prescindere dalla volontà dell'agente¹⁷⁸.

(ii) Anche la disputa in merito all'individuazione del momento consumativo del reato non potrebbe, a nostro parere, consentire, per ciò solo, ora di ammettere, ora di escludere una responsabilità concorsuale del *provider* successiva al proprio (primo) caricamento.

Rimandando al Capitolo IV ogni approfondimento sul punto, basti ora ricordare che, valorizzando eccessivamente la questione, si finirebbe per trascurare di considerare l'apporto che il *provider* potrebbe fornire alle pubblicazioni successive alla prima.

Invero, è proprio chi considera i reati in esame consumati nel momento del caricamento dell'informazione illecita ad annoverare tra le ipotesi di autoria i casi in cui l'ISP riprenda da altri siti o piattaforme contenuti illeciti¹⁷⁹.

Ebbene, se tale condotta di ri-pubblicazione – sia essa di un utente o di un ulteriore prestatore – viene resa possibile dal *consapevole mantenimento del contenuto illecito sul proprio server*, si fatica a comprendere come siffatta condotta non possa dirsi strumentale rispetto alla commissione del reato altrui. Certo, in ossequio all'art. 16, comma 1, d. lgs. 70/2003, la conoscenza di un contenuto illecito dovrebbe essere soggetta ad una comunicazione dell'autorità, ma ciò non esclude che la mancata successiva rimozione non possa assumere rilevanza penale.

In estrema sintesi, volendo trascurare la disputa in merito al momento consumativo dell'illecito, ad incorrere in responsabilità concorsuale non potrebbe essere solamente il *provider* che, *ex ante*, fornisca consapevolmente il proprio servizio con modalità tali da eccedere i margini del rischio consentito, ma anche quello che – sulla base dell'art. 16 d. lgs. 70/2003, a seguito di comunicazione dell'autorità – non rimuova, *ex post*, il contributo illecito (o non ne disabiliti l'accesso), atteso che tale condotta potrebbe fungere da

¹⁷⁸ L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 81, ritiene invero che «l'assenza di obblighi giuridici di controllo preventivo (l'art. 15, Dir. CE 2000/31, recepito dall'art. 17, D.Lgs. n. 70/2003, fa espresso divieto agli Stati membri di imporre "ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite")», ed *a fortiori* di impedimento di reati commessi dagli utenti o da terzi sfruttando i servizi offerti, esclude, in linea di principio, la configurabilità di una responsabilità penale non solo *ex art.* 40 cpv., ma anche a titolo di concorso nel reato *ex art.* 110 c.p., benché un contributo causale, sotto il profilo strettamente tecnico-materiale, sia ravvisabile in forza delle attività e strutture messe a disposizione dall'ISP».

¹⁷⁹ Per tutti, S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 595.

presupposto per la commissione di ulteriori illeciti (che dovrebbero tuttavia rientrare nello spettro di conoscenza del prestatore)¹⁸⁰.

4.3. *L'ISP come longa manus dell'autorità*

Da ultimo, va richiamata l'opinione di chi individua nel *provider* un soggetto sovraordinato rispetto all'utente, ma non in grado di valutarne direttamente (e, conseguentemente, di incidere) sul suo operato. Breve: l'ISP quale *longa manus* dell'autorità¹⁸¹.

L'attenzione viene dunque concentrata sulle fattispecie astrattamente invocabili per sanzionare le violazioni degli obblighi ora di denuncia, ora di rimozione o inibizione dell'accesso all'informazione vietata¹⁸².

Quanto ai primi, si esclude che il difetto di fornire informazioni all'autorità, in quanto specificamente sanzionato in via amministrativa (artt. 14-*ter* l. 269 del 1998¹⁸³ e art. 1, comma 5 e 7, d.l. 72 del 2004¹⁸⁴) o comunque riconducibile ad una responsabilità civile (art. 17, comma 3, d. lgs. 70/2003), possa integrare il reato di favoreggiamento personale

¹⁸⁰ Cfr. *infra*, Cap. IV, § 1.

¹⁸¹ Fa riferimento all'ISP quale "tutore dell'ordine", invece, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., pp. 35 ss.

¹⁸² A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 35 s., riconduce i primi all'art. 17 d. lgs. 70/2003, all'art. 14-*ter* l. 269 del 1998 e all'art. 1, comma 5, d.l. 72 del 2004, convertito con l. 128/2004; i secondi agli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, d. lgs. 70/2003, art. 14-*quater* l. 269 del 1998, 163 l. 633 del 1941 e art. 1, comma 6, d.l. 72 del 2004 convertito con l. 128 del 2004.

¹⁸³ Questo il dettato normativo: "1. I fornitori dei servizi resi attraverso reti di comunicazione elettronica sono obbligati, fermo restando quanto previsto da altre leggi o regolamenti di settore, a segnalare al Centro, qualora ne vengano a conoscenza, le imprese o i soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché a comunicare senza indugio al Centro, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti. 2. I fornitori dei servizi per l'effetto della segnalazione di cui al comma 1 devono conservare il materiale oggetto della stessa per almeno quarantacinque giorni. 3. Salvo che il fatto costituisca reato, la violazione degli obblighi di cui al comma 1 comporta una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000. All'irrogazione della sanzione provvede il Ministero delle comunicazioni. 4. Nel caso di violazione degli obblighi di cui al comma 1 non si applica il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689".

¹⁸⁴ Tali disposizioni prevedono rispettivamente che "5. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate". "7. a violazione degli obblighi di cui ai commi 5 e 6 è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 euro a 250.000 euro. Alle violazioni di cui al comma 1 si applicano le sanzioni previste dall'articolo 21 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70".

(art. 378 c.p.). Così, si ritiene che quest'ultima fattispecie possa dirsi integrata solamente nei casi in cui si possa ravvisare un *quid pluris* rispetto alla mera omissione di informazioni: ad esempio, in una comunicazione di dati non veritieri e idonei a sviare un'eventuale attività d'indagine¹⁸⁵.

Ebbene, oltre alla dubbia possibilità di ammettere una condotta omissiva quale modalità di realizzazione del reato di favoreggiamento, mette conto rilevare che tale possibilità potrà essere invocata solamente qualora si ritenga che il presupposto della già avvenuta commissione del delitto, richiesto dall'art. 378 c.p., debba riferirsi al momento di perfezione del reato, non a quello di consumazione¹⁸⁶. L'assunto, d'altra parte, ci pare imposto dalla possibilità, che sarà approfondita nel Capitolo IV, di considerare non consumato l'illecito nel momento del suo primo caricamento in rete.

In relazione agli obblighi di rimozione o di oscuramento fondati sul relativo ordine da parte dell'autorità, oltre all'opinione che nega la riconducibilità di siffatta violazione, in difetto di modalità fraudolente, alla fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.), si invoca l'astratta applicabilità dell'art. 650 c.p.¹⁸⁷, a nostro parere a ragione, almeno per le ipotesi di cui agli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, del d. lgs. 70/2003 non toccate da disposizioni speciali, quali l'art. 1, comma 7, d.l. 72 del 2004, in materia di diritto d'autore¹⁸⁸ o di recente, in relazione a contenuti di carattere terroristico, l'art. 7, comma 2, d. lgs. 107 del 2023¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Così, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 37. Ammettono invece la configurabilità del favoreggiamento G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che loro gestiscono?*, cit., p. 2528 e V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1929 s.; V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 171.

¹⁸⁶ Sulla distinzione tra i concetti di perfezione e consumazione del reato si tornerà al Cap. IV.

¹⁸⁷ Così, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 38, salvo poi ridurre grandemente la portata dell'assunto. Nel medesimo senso, anche V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 21. Mostrano aperture anche rispetto all'applicabilità dell'art. 388 c.p., invece, V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, cit., p. 1929 s. (il quale invero non si pronuncia sull'art. 650 c.p.) e S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 600.

¹⁸⁸ Nutre dubbi, invece, A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 38. L'A. osserva infatti che, «quanto agli artt. 14, comma III, 15, comma II, 16, comma III, D.Lgs. 70/2003, nel riconoscere una responsabilità penale in capo all'ISP, riemergono le criticità già correlate all'art. 17 del medesimo decreto, in relazione ai principi di legalità e sussidiarietà». E lo stesso dovrebbe valere per l'art. 163 l. 633/1941: «sarebbe del tutto irrazionale un sistema che incriminasse ex art. 650 c.p. l'ISP che non rimuova pagine dal contenuto diffamatorio e lo punisca, invece, solo sul piano amministrativo, ove l'omesso filtraggio a lui rimproverabile permetta agli utenti della rete di accedere e diffondere materiale pedopornografico».

¹⁸⁹ Tale disposizione, che peraltro si apre con la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato», sanziona infatti con «l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da 100.000 a 400.000 euro il prestatore

In argomento, va però segnalata l'opinione di chi osserva che «l'art. 14 *quater* [della l. 269 del 1998] sanziona il mancato filtraggio dei siti segnalati dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 a 250.000 euro: la disposizione è senz'altro speciale rispetto all'art. 650 c.p. ed è pertanto ostativa all'applicazione della fattispecie incriminatrice»¹⁹⁰. Ciò non di meno, a nostro avviso, il mancato rispetto di un ordine di rimozione andrebbe distinto dalla mancata predisposizione di uno sbarramento dell'accesso (obbligo di prevenzione). L'obiezione, quindi, non ci pare condivisibile, naturalmente nei casi in cui difetti un ordine di oscuramento dell'autorità.

E ancora, si evidenzia come «analogo ragionamento vale per il combinato disposto dei commi VI e VII dell'art. 1, D.L. 72/2004, che punisce il mancato filtraggio dei siti che immettono in rete materiale coperto dal diritto d'autore e l'omessa rimozione di tale materiale con la medesima sanzione amministrativa prevista per il citato art. 14 *quater*»¹⁹¹. Parallelamente a quanto già segnalato, tale assunto, con riferimento al comma 7, ci pare invece pregnante.

5. *Il formante giurisprudenziale*

In relazione alla possibile responsabilizzazione penale del *provider*, la giurisprudenza nazionale pare essersi soffermata sui primi due paradigmi richiamati: quello relativo alla (im)possibilità di ravvisare obblighi di controllo in merito al contenuto delle informazioni trattate e quello implicante l'ammissibilità di ipotesi di autoria o di concorso commissivo con l'utente. Non si rinvergono invece pronunce volte a ricollegare la responsabilità del fornitore al terzo paradigma, assegnante al *provider* la funzione di *longa manus* dell'autorità.

Ebbene, come si avrà modo di vedere, mentre sono state ricavate forme di responsabilità autonome o concorsuali (attive) dell'ISP – benché a determinate condizioni, oggi invero meritevoli di ripensamento –, l'ammissibilità di una posizione di garanzia è stata respinta con vigore.

Una siffatta tendenza alla de-responsabilizzazione del *provider* è stata purtuttavia attenuata dalla giurisprudenza sovranazionale, che, anche in forza di interventi fondati sulla medesima normativa sulla quale si arroccava il diritto vivente interno per escludere un

di servizi di *hosting* e il rappresentante legale designato ai sensi dell'articolo 17 del regolamento [Reg. UE 2021/784] che [...] omettono di rimuovere i contenuti terroristici entro un'ora dal ricevimento dell'ordine di rimozione o di disabilitare l'accesso ad essi entro il medesimo termine”.

¹⁹⁰ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 38.

¹⁹¹ A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, cit., p. 38.

qualsivoglia obbligo di controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate dai *provider*, ha aperto alla previsione di obblighi tesi a prevenire condotte criminose. D'altra parte, in una direzione simile si è orientato di recente il legislatore europeo, che, attraverso il varo del Regolamento UE 2022/2065 (DSA), ha imposto obblighi di controllo deputati alla valutazione e gestione del rischio-reato¹⁹².

5.1. *La giurisprudenza nazionale*

Come anticipato, il diritto vivente italiano si è soffermato principalmente su due forme di responsabilizzazione: (i) ci si è chiesti se possa essere individuata una posizione di garanzia gravante sull'operatore economico volta ad impedire la commissione di reati (autoria omissiva); (ii) sono stati elaborati (stringenti) criteri alla stregua dei quali il fornitore potrebbe rispondere in concorso (commissivo) o in via autonoma, sempre però in relazione alla commissione del reato da parte dell'utente.

Preliminarmente, mette conto altresì evidenziare che alla tendenza alla de-responsabilizzazione del fornitore fa invero eccezione l'orientamento giurisprudenziale soffermatosi sui profili di responsabilità del blogger o del gestore del sito web. Come si vedrà, quest'ultimo viene infatti attualmente sanzionato penalmente – sebbene con diverse difficoltà di inquadramento dogmatico – per non aver consapevolmente rimosso i contenuti illeciti caricati dagli utenti.

Procediamo con ordine.

5.1.1. *Il difetto di una posizione di garanzia: il caso Google vs. Vivi down*

Il *leading case* in materia – segnatamente, per la fornitura del servizio di *hosting* – è ancora oggi rappresentato dal caso Google vs. Vivi down.

Due amministratori delegati di Google Italy S.r.l. ed il responsabile della *policy* sulla *privacy* di Google Inc. erano stati accusati, in concorso omissivo, di diffamazione (artt. 110, 40 cpv. e 595, commi 1 e 3, c.p.) e, in concorso commissivo, di

¹⁹² Cfr. *infra*, §§ 6 ss.

illecito trattamento dati personali (artt. 110, 167, comma 1 e 2, d. lgs. 196/2003 in relazione agli artt. 23, 17 e 26 del decreto medesimo).

Questi, nello specifico, i capi di imputazione:

- «A) per i reati di cui agli artt. 110, 40, comma 2, 595, commi 1 e 3, c.p. perché in concorso tra loro [i soggetti sopra indicati] offendevano la reputazione dell'Associazione Vivi Down - associazione italiana per la ricerca scientifica e per la tutela della persona Down, nonché di [omissis] consentendo che venisse immesso per la successiva diffusione a mezzo internet, attraverso le pagine del sito <http://video.google.it> e senza alcun controllo preventivo sul suo contenuto, un filmato in cui persone minorenni, in concorso tra loro, pronunciando la seguente frase "Salve, siamo dell'associazione Vivi down, un nostro mongolo si è cagato addosso e mo' non sappiamo che minchia fare perché l'odore di merda c'è entrato nelle narici" e ponendo in essere numerosi altri atti vessatori nei confronti di un loro coetaneo disabile, ledavano i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità degli interessati»;

- «B) per il reato di cui agli artt. 110, 167, comma 1 e 2 D.lvo 30 giugno 2003 n. 196, perché, in concorso tra loro e nelle circostanze di fatto di cui al precedente capo, al fine di trarne profitto per il tramite del servizio Google Video (in relazione al quale Google Italy s.r.l beneficia degli indotti pubblicitari degli inserzionisti), procedevano al trattamento dei dati personali in violazione agli artt. 23, 17 e 26 stesso D.lvo, con relativo documento per la persona interessata»¹⁹³.

La vicenda è tanto semplice quanto malauguratamente comune: sull'*host* Google Video viene pubblicato un filmato ritraente un ragazzo disabile deriso e umiliato da alcuni compagni all'interno dell'edificio scolastico, nell'ambito del quale si sentono altresì pronunciare frasi ingiuriose verso l'associazione Vivi Down.

In primo grado, gli imputati vengono assolti dall'accusa di diffamazione aggravata, ma, al contempo, condannati per illecito trattamento di dati personali. Mentre rispetto a quest'ultimo reato gli imputati vengono ritenuti responsabili per non aver informato gli utenti degli «obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli»¹⁹⁴, la sussistenza del primo viene esclusa in base all'impossibilità di enucleare una posizione di garanzia; e ciò in forza sia dell'assenza di

¹⁹³ Cfr. Trib. di Milano, sez. IV, 24 febbraio 2010, sent. n. 1972, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 aprile 2010. In commento al capo d'imputazione, F. SGUBBI, *Parere pro-veritate*, cit., pp. 745 ss.

¹⁹⁴ Trib. di Milano, sez. IV, 24 febbraio 2010, sent. n. 1972. Condivisibili osservazioni critiche sono svolte, tra gli altri, da A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 9 ss.

qualsivoglia appiglio giuridico su cui essa potrebbe poggiare, sia dell'impossibilità tecnica di controllo preventivo di tutti i contenuti caricati¹⁹⁵.

La pronuncia evidenzia infatti che «secondo i PM [...] la responsabilità degli imputati deriverebbe dal mancato controllo (preventivo) sul contenuto del video, agli stessi addebitabile in virtù della posizione di garanzia rivestita dal “*content provider*” nei confronti del trattamento dei dati personali dei soggetti contenuti negli *uploading* degli utenti: dicono cioè i PM che l'omesso controllo del corretto trattamento dei dati personali contenuti nel video avrebbe causato l'evento del reato contestato, che altrimenti non sarebbe avvenuto (o sarebbe avvenuto con minor danno da diffusione per la persona offesa)». A tale impostazione, nondimeno, il Tribunale replica che «non esiste, a parere di chi scrive, perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari dei siti *web*, e non appare possibile ricavarlo *aliunde* superando d'un balzo il divieto di analogia *in malam partem*, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale». D'altro canto, viene altresì osservato che «in realtà i PM, nel costruire la loro (come si è detto, ingegnosa) ipotesi accusatoria, hanno, in un certo senso, detto meno di quello che in effetti hanno pensato: perché la costruzione di una posizione di garanzia impone al soggetto nei cui confronti viene affidata, un obbligo “preventivo” di impedire l'evento e non un generico obbligo di farne cessare gli effetti già avvenuti. Per cui, nell'ipotesi in esame, l'obbligo del soggetto/web di impedire l'evento diffamatorio, imporrebbe allo stesso un controllo o un filtro preventivo su tutti i dati immessi ogni secondo sulla rete, causandone l'immediata impossibilità di funzionamento. Considerata l'estrema difficoltà tecnica di tale soluzione e le conseguenze che ne potrebbero derivare, si è quindi in presenza di un comportamento “inesigibile”, e quindi non perseguibile penalmente ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.»¹⁹⁶.

La Corte d'appello, confermando le statuizioni della pronuncia di primo grado in relazione al reato di diffamazione, ritiene superabile anche il costruito accusatorio concernente il trattamento illecito dei dati personali (art. 167 d. lgs. 196/2003).

In particolare, si conferma che «la presenza di una posizione di garanzia da cui far derivare un obbligo di attivazione, in mancanza della quale far ricorrere la previsione dell'art. 40 c.p., di certo non può essere fatto derivare dalla violazione di norme di legge quali quelle a protezione dei dati personali, che non hanno per oggetto tali condotte e che sono state emanate a copertura di comportamenti diversi da quelli oggetto di

¹⁹⁵ In commento alla pronuncia, A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, cit., pp. 780 ss.; R. LOTIERZO, *Il caso Google – Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3994 ss.; F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 216 ss.

¹⁹⁶ Trib. di Milano, sez. IV, 24 febbraio 2010, sent. n. 1972, p. 104 s.

contestazione»¹⁹⁷. Inoltre, a parere del Giudice di seconda istanza, andrebbe esclusa la *fattibilità tecnica* di un controllo preventivo sui contenuti caricati dagli utenti: unico rimedio che avrebbe potuto intercettare il filmato sottoposto a scrutinio.

Quanto invece al reato di illecito trattamento di dati personali, si evidenzia il mancato richiamo all'art. 13 d. lgs. 196/2003. Tra le condotte sanzionate dall'art. 167 d. lgs. 196/2003 non compare infatti la previsione che obbliga l'ISP a «rendere edotto l'utente circa l'esistenza ed i contenuti della legge della privacy, pertanto quanto sostenuto in sentenza, anche se di "buon senso", non si ritiene possa essere condiviso»¹⁹⁸. D'altro canto, si sottolinea come l'eventuale violazione dell'art. 13 del d. lgs. 196/2003 dovesse essere sanzionata in via amministrativa, attraverso l'applicazione dall'art. 161 d. lgs. 196/2003.

Da ultimo, si osserva come solo l'utente avrebbe potuto essere considerato titolare del trattamento dei dati, non anche il *provider*. «Toccava [all'] *uploader* che caricando il video si assumeva la responsabilità del trattamento dei dati personali [della vittima] chiedere ed ottenere il consenso prescritto e tale soggetto doveva ricevere l'informativa sugli obblighi di legge da parte di Google»¹⁹⁹.

Perentorio l'approdo della Cassazione sulla vicenda: «dall'esame complessivo delle disposizioni [del codice della privacy e degli artt. 16 e 17 del d. lgs. 70/2003] emerge che nessuna di esse prevede che vi sia in capo al *provider*, sia esso un *hosting provider*, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito. Né sussiste in capo al *provider* alcun obbligo sanzionato penalmente di informare il soggetto che ha immesso i dati dell'esistenza e della necessità di fare applicazione della normativa relativa al trattamento dei dati stessi»²⁰⁰.

Quanto allo specifico aspetto d'interesse, la Suprema Corte evidenzia che dalla definizione di *hosting provider*, così come impressa nella rubrica dell'art. 16 d. lgs. 70/2003, si evince «che il gestore del servizio di *hosting* non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del file che

¹⁹⁷ Corte d'Appello di Milano, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 8611, p. 23, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 4 marzo 2013, con nota di A. INGRASSIA, *La Corte d'Appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*. In commento, anche F. RESTA, *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google-Vivi Down*, in *Dir. inf. e informatica*, 2013, pp. 502 ss.

¹⁹⁸ Corte d'Appello di Milano, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 8611, p. 29.

¹⁹⁹ Corte d'Appello di Milano, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 8611, p. 30.

²⁰⁰ Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, p. 9, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2014, p. 9, con nota di A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*. In commento alla pronuncia, anche S. CORBETTA, *Caso "Google": nessuna responsabilità dell'host provider per l'omesso impedimento di reati realizzati dagli utenti della rete*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 277 ss.; A. MACRILLÒ, *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'internet provider per il reato ex art. 167, D.Lgs. n. 196/03*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2016 ss.; C. PIERGALLINI, *Trattamento illecito di dati personali*, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 336 ss.; P. TRONCONE, *Il caso Google (e non solo), il trattamento dei dati personali e i controversi requisiti di rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2060 ss.; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 15.

li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione»²⁰¹. Così, valorizzando il dettato degli artt. 16 e 17 d. lgs. 70/2003, si evidenzia che «il legislatore ha inteso porre quali presupposti della responsabilità del *provider* proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall'utente e l'eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite»²⁰². Se ciò, nondimeno, assume significato rispetto alla disciplina concernente il trattamento dei dati personali – «finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso»²⁰³ –, rimane inespresso il ruolo che la mancata reazione del *provider* può giocare rispetto alla commissione del reato dell'utente.

5.1.2. *Autoria e concorso commissivo nel reato del privato: tra fornitura "attiva" e "passiva" di un servizio*

Quando si è trovata a valutare la responsabilità commissiva del *provider* (autonoma o concorsuale) in relazione alla commissione di reati altrui, la giurisprudenza ha fondato le proprie decisioni su una *ratio* di fondo: il fornitore che può beneficiare dell'esclusione della responsabilità prevista dal d. lgs. 70/2003, e quindi non rispondere per la prestazione del servizio, pur strumentalizzato dal privato, è solo colui che si limiti ad una attività standardizzata, non incidente sulle informazioni illecite, né volta ad agevolare la commissione di reati (si pensi, ad es., all'indicizzazione di dati che consentono il *download* di opere coperte da diritto d'autore).

Sono emblematiche, in questo senso, le pronunce che approfondiscono la configurabilità degli illeciti di induzione o favoreggiamento alla prostituzione (art. 3 della l. 20 febbraio 1958, n. 75) attraverso la mera messa a disposizione sul proprio portale di spazi pubblicitari utilizzati dagli utenti per pubblicare i relativi annunci.

Parallelamente a quanto avviene per il locatore dell'immobile impiegato per lo svolgimento dell'attività di meretricio, anche rispetto al *provider* vengono distinti i servizi

²⁰¹ Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, p. 10.

²⁰² Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, p. 11.

²⁰³ Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, p. 11.

“in favore della persona” da quelli che, per le proprie modalità di presentazione, ora rendano l’offerta più allettante, ora comportino una facilitazione del contatto con la prostituta²⁰⁴.

Allo stesso tempo, viene considerata tipica, ai sensi del medesimo articolo, la condotta del *provider* che, sulla base del collegamento ad una linea a pagamento, fornisca strumenti per l’interazione in videoconferenza a soggetti che compiano atti sessuali su indicazioni dei clienti.

In questi termini, la giurisprudenza di legittimità ha ricollegato al reato di lenocinio la fornitura «di c.d. “servizi aggiuntivi e personalizzati” che indicano la linea di discrimine tra il lecito e l’illecito, laddove la prestazione di servizi “ordinari” non costituisce reato»²⁰⁵. Così, «la Corte di cassazione, affermata l’irrelevanza penale della mera pubblicazione degli annunci, che costituisce un normale servizio svolto a favore della persona della prostituta e non della prostituzione, ha delineato i c.d. servizi ulteriori: l’essersi interessato alle foto delle donne da pubblicare, l’aver contattato il fotografo per fare delle nuove foto, il far sottoporre le donne a servizi fotografici erotici [...] ponendo in essere una collaborazione organizzativa al fine di realizzare il contatto prostituta-cliente»²⁰⁶.

Quanto invece alla predisposizione di strumenti di collegamento per la prostituzione “a distanza”, la Suprema Corte ha enunciato la seguente massima: «le prestazioni sessuali eseguite in videoconferenza in modo da consentire al fruitore delle stesse di interagire in via diretta ed immediata con chi esegue la prestazione, con la possibilità di richiedere il compimento di atti sessuali determinati, assume il valore di atto di prostituzione e configura il reato di sfruttamento della prostituzione a carico di coloro che abbiano reclutato gli esecutori delle prestazioni o ne abbiano consentito lo svolgimento creando i necessari collegamenti via internet o ne abbiano tratto guadagno, atteso che è irrilevante il fatto che chi si prostituisce ed il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi in quanto il collegamento in videoconferenza consente all’utente di interagire con chi si prostituisce in modo tale da potere richiedere a questi il compimento di atti sessuali determinati che vengono immediatamente percepiti da chi ordina la prestazione sessuale a pagamento»²⁰⁷.

Quanto alle ipotesi concorsuali, mette conto richiamare l’impostazione giurisprudenziale che, soprattutto con riguardo alle violazioni relative al diritto d’autore, considera responsabile il prestatore del servizio che non si sia limitato a mettere a

²⁰⁴ In relazione alla locazione dell’immobile, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 8 novembre 2023, n. 2056; Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2021, n. 11611, che ha escluso la configurabilità del favoreggiamento in un caso di locazione a canone maggiorato, negando il diretto ausilio all’attività di prostituzione (*Contra*: Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 23851); Cass. pen., sez. III, 10 novembre 2021, n. 9740.

²⁰⁵ Cass. pen., sez. III, 30 maggio 2018, n. 39404.

²⁰⁶ Cass. pen., sez. III, 30 maggio 2018, n. 39404. In senso analogo, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2014, n. 48981; Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 20384; Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012, n. 4443.

²⁰⁷ Cass. pen., sez. III, 22/04/2004, n. 25464, in *Cass. pen.*, p. 3577, con nota di F.G. CATULLO, *Sullo sfruttamento della prostituzione on-line*.

disposizione degli utenti un protocollo di comunicazione, bensì abbia a questo aggiunto servizi ulteriori (quali l'indicizzazione di contenuti), in guisa tale da facilitarne il trasferimento abusivo tra gli utenti.

Nel noto caso “The Pirate Bay”, ove la condivisione di file relativi ad opere coperte da diritto d'autore avveniva mediante protocolli di trasferimento *peer-to-peer*, la Cassazione ha avuto modo di stabilire che «se il sito *web* si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello *peer-to-peer*) per consentire la condivisione di file, contenenti l'opera coperta da diritto d'autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato. Però se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più – ossia indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di *uploading*, sicché queste informazioni (i.e. chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l'opera), anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il *downloading* di quell'opera piuttosto che un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad es. a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate – il sito cessa di essere un mero “corriere” che organizza il trasporto dei dati». Prosegue allora la Corte osservando che, in questi casi, «c'è un *quid pluris* in quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività di trasporto dei file (*file transfert*) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (*peer-to-peer*), ma l'attività del sito *web* (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.»²⁰⁸.

Riprendendo quanto già osservato in dottrina circa una decina di anni fa, «il punto è pertanto che, nell'esperienza tecnica e giuridica, è andata delineandosi una figura non più neutra, ma ibrida, di *hosting provider*, la cui caratteristica è cioè quella di essersi allontanato dal paradigma di *provider* passivo, mero ricettore di contenuti immessi in rete, per trasformarsi in una sorta di “manipolatore attivo” di contenuti»²⁰⁹ (*rectius*, di attività

²⁰⁸ Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, in *Cass. pen.*, p. 1093, con nota di L. CUOMO, *La Cassazione affonda la baia dei pirati*. In commento alla sentenza, anche F. MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso «The Pirate Bay»*, in *Dir. inf. e informatica*, 2010, pp. 448 ss.; V. SPINOSA, *Nella Baia dei Pirati: l'arrembaggio al diritto d'autore su Internet*, in *La giustizia penale nella “rete” Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*, a cura di R. Flor, D. Falcinelli, S. Marcolini, DIPLAP, Milano, 2015, pp. 59 ss.; G.P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider “attivo”*, cit., p. 11 s.; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 9 s.

²⁰⁹ G.P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider “attivo”*, cit., p. 8 s. Sulla nozione, anche V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., p. 17 s., in part. nt. 46.

prodromiche o agevolatrici rispetto alla commissione degli illeciti ad essi correlati). Una tipologia di prestatore perciò escluso dall'ambito applicativo degli artt. 16 e 17 del d. lgs. 70/2003, attesa la sua incompatibilità con il carattere “tecnico, automatico e passivo” richiesto dalla direttiva sul commercio elettronico²¹⁰.

Ebbene, una tale limitazione delle condizioni di esenzione della responsabilità previste agli artt. 14 ss. d. lgs. 70/2003, ristretta ai soli *provider* “passivi”, così per come intesi dal diritto vivente, dovrebbe essere nondimeno rifiutata. È infatti di comune esperienza che tutti i prestatori di servizi *online*, per rendere maggiormente appetibili le proprie offerte, si servano ora di meccanismi automatizzati tesi ad amplificare la diffusione dei contenuti più visitati, ora, finanche, di veri e propri strumenti di “canalizzazione” di questi verso gli utenti potenzialmente più interessati.

Mantenere una siffatta impostazione interpretativa significherebbe allora annullare i benefici accordati agli ISP dalla direttiva comunitaria – oggi ripresi dal DSA –, e, in misura ancor più evidente, dal d. lgs. 70/2003, con ciò prescindendo dall'elemento attorno al quale tutta la disciplina pare dipanarsi: la reazione alla conoscenza del contenuto illecito, sia essa “qualificata” o meno²¹¹.

5.1.3. *Lo strano caso del gestore del blog*

Se nel complesso il diritto vivente pare mostrare un atteggiamento di favore nei confronti dei *provider*, va rilevato che rispetto all'ipotesi (per molti versi analoga) del gestore del *blog* si ravvisa una marcata apertura alla responsabilizzazione: circostanza assai

²¹⁰ La dicitura è ripresa, benché con riferimento alle attività di accesso, dal considerando n. 42 della direttiva CE 2000/31. Valorizza siffatto profilo, in commento alla normativa comunitaria, a propria volta ripresa da quella nazionale, anche L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 81.

²¹¹ Nello stesso senso, B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 46, partendo dal presupposto che sia ravvisabile in capo al fornitore una vera e propria posizione di garanzia, osserva altresì che «il prevedere [...], da una parte, obblighi aventi ad oggetto misure incidenti (sia in termini di rimozione, che di filtraggio) sulle informazioni ospitate dai *provider* e il sostenere, dall'altra, che il regime di esenzione da responsabilità non sia applicabile ai c.d. *hosting attivi*, conduce ad una contraddizione, poiché vi è il rischio che gli stessi obblighi previsti a carico degli ISP rendano quest'ultimi “attivi”». L'impostazione che sosteniamo pare peraltro essere stata fatta propria anche dalla Corte di Giustizia, la quale, nella sentenza sui casi F. Peterson vs. Google LLC *et al.* e Elsevier Inc. vs. Cyando AG, ha ritenuto che nonostante l'indicizzazione automatica dei contenuti, nonché la previsione di meccanismi di indicazione di quelli consigliati, il *provider* potesse beneficiare della causa di esclusione della responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva CE 2000/31. Sul punto si tornerà al § 5.2.2.

peculiare alla luce del diverso potere economico dei due soggetti, in grado di incidere notevolmente anche sulla *prevenzione* o sulla *limitazione della propagazione* degli illeciti *online*. Per la giurisprudenza, infatti, il *blogger* che non rimuova contenuti offensivi dal proprio portale, pur avendone conoscenza, incorre nel medesimo reato commesso dell'utente; e ciò sebbene sul costrutto teorico che dovrebbe reggere tale soluzione non vi sia certezza, talvolta nemmeno in seno alle singole pronunce²¹². Com'è facile immaginare, tale orientamento si è sviluppato nell'esegesi del reato di diffamazione.

La sentenza che maggiormente ha tentato di giustificare il superamento dei dubbi interpretativi costantemente fatti valere in giudizio – riconducibili, in estrema sintesi, (i) alla già avvenuta consumazione del reato e (ii) al difetto di una posizione di garanzia gravante su tale soggetto – riguarda la pubblicazione di una lettera indirizzata al sindaco, agli assessori e agli esponenti di un consiglio comunale siciliano su un *blog*, nella cui sezione dedicata si erano succeduti una serie di commenti anonimi dal contenuto diffamatorio, rimossi (dal *provider*, nemmeno dal *blogger*) solamente a seguito della relativa intimazione dell'autorità giudiziaria²¹³.

Le motivazioni della pronuncia si aprono dando atto dell'inapplicabilità all'attività svolta dal *blogger* del c.d. *safe harbour* riservato ai *provider*.

²¹² In argomento, senza pretesa di esaustività, I. SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 1069 ss.; D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, cit., pp. 52 ss.; M. MINASOLA, *Bloggare e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, pp. 1 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Il blog con contenuti diffamatori: la natura del mezzo e l'attribuzione delle responsabilità*, in *Dir. inf. e informatica*, 2013, pp. 536 ss.; R. CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2782 ss.; A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, cit., pp. 1624 ss.; D. MINOTTI, *Valutato come attivo un comportamento solo connivente*, in *GDir.*, XX, 2019, pp. 91 ss.; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, cit., pp. 16 ss.; C. PAGELLA, *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 17 maggio 2019; V. SELLAROLI, *Presupposti e criteri di imputabilità del blogger per commenti diffamatori postati dagli utenti*, in *Il penalista*, 14 maggio 2019; V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, UTET, Milano, 2020, pp. 927 ss.; S. VIMERCATI, *La responsabilità del gestore del sito per i contenuti pubblicati da soggetti terzi*, in *MediaLaws*, 2021, pp. 247 ss.; M. ROMANO, *Questioni problematiche in materia di concorso di persone nel delitto di diffamazione a mezzo internet*, *Pen. dir. proc.*, 25 maggio 2023; S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit. p. 372 s.

²¹³ Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, in www.diritto penale contemporaneo.it, 17 maggio 2019, con nota di C. PAGELLA, *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*.

Segnatamente, si evidenzia «l'intrinseca diversità tra gli *internet providers* e gli amministratori di *blog*, dal momento che questi ultimi non forniscono alcun servizio nel senso precisato, bensì si limitano a mettere a disposizione degli utenti una piattaforma sulla quale poter interagire attraverso la pubblicazione di contenuti e commenti su temi nella maggior parte dei casi proposti dallo stesso *blogger*, in quanto caratterizzati dalla linea, che si potrebbe definire (anche se impropriamente) “editoriale”, impressa proprio dal gestore della suddetta piattaforma»²¹⁴.

Si procede così ad escludere l'invocabilità di una posizione di garanzia gravante sul *blogger*, considerata necessaria dal ricorrente per imporre al gestore del diario *online* la rimozione del contenuto.

Correttamente, si specifica che «non è configurabile una posizione di garanzia ed un conseguente obbligo giuridico di garanzia in capo all'amministratore di *blog*, giacché tale figura non è investita da alcuna fonte di poteri giuridici impeditivi di eventi offensivi di beni altrui, affidati alla sua tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli»²¹⁵.

Siffatto assunto è stato avallato anche dalla Corte Edu, la quale, nel caso *Rolf Anders Daniel Pihl v. Svezia*, ha rigettato il ricorso di un soggetto svedese, accusato su un *blog* di appartenere ad un partito nazista e di consumare abitualmente sostanze stupefacenti, che lamentava la mancanza nel proprio ordinamento di una norma funzionale ad ascrivere una qualche forma di responsabilità al gestore del *blog*, che non aveva impedito la commissione del reato da parte di terzi sul proprio portale²¹⁶. Nel caso di specie, stante anche la mancanza di affermazioni incitanti all'odio o alla violenza, la Corte ha ritenuto non censurabile la mancata previsione di un controllo preventivo da parte del *blogger* e non rimproverabile il suo contegno. D'altra parte, a seguito della segnalazione della non veridicità del contenuto, quest'ultimo lo aveva immediatamente rimosso, altresì pubblicando una lettera di scuse.

Di qui l'immediato passaggio al fulcro motivazionale: «deve piuttosto affermarsi che la non tempestiva attivazione da parte del ricorrente al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo *blog* equivale non al mancato impedimento dell'evento diffamatorio – rilevante ex art. 40, secondo comma comma, cod. pen. – ma alla

²¹⁴ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, p. 7.

²¹⁵ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, p. 11.

²¹⁶ Cfr. sentenza *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia* del 9 marzo 2017 (ric. n. 74742/2014). In argomento, tra gli altri, V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, cit., pp. 927 ss.; S. VIMERCATI, *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*, cit., *passim*.

consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione, con ulteriore replica della offensività dei contenuti pubblicati su un diario che è gestito dal *blogger*»²¹⁷.

D'altro canto, in merito alla censura relativa alla qualificazione del difetto di attivazione del *blogger* quale mero *post factum* non punibile, la Suprema Corte, dapprima, osserva che «nei casi come quello in esame il reato di diffamazione si perfeziona nel momento della pubblicazione in rete del contenuto offensivo, per cui un obbligo di rimozione di quello stesso contenuto sarebbe possibile solo dopo la consumazione del reato» e, immediatamente dopo, «chiarisce» che «per superare tali perplessità sulla configurabilità di una responsabilità in concorso ex artt. 40 e 110 cod. pen. del *blogger*, si può fare ricorso alla figura della pluralità di reati, integrati dalla ripetuta trasmissione del dato denigratorio»²¹⁸. Così, si arriva ad enucleare una regola generale, alla stregua della quale «se il gestore del sito apprende che sono stati pubblicati da terzi contenuti obiettivamente denigratori e non si attiva tempestivamente a rimuovere tali contenuti, finisce per farli propri e quindi per porre in essere ulteriori condotte di diffamazione, che si sostanziano nell'aver consentito, proprio utilizzando il suo *web-log*, l'ulteriore divulgazione delle stesse notizie diffamatorie»²¹⁹.

La peculiarità del richiamo alla tesi della pluralità di reati, nel caso di specie, ha causato incertezze finanche nell'interpretazione che gli stessi Autori, interrogatisi sul tema, hanno dato della soluzione adottata dalla pronuncia: se la dottrina maggioritaria avalla la tesi – per vero fatta propria anche dalle sentenze successive²²⁰ – secondo cui la Cassazione, in questo arresto, avrebbe inquadrato la condotta del *blogger* nell'ambito del concorso di persone; non manca chi, nel riferimento alla pluralità di reati, ravvisa il chiaro segno della volontà della Corte di attribuire una responsabilità autonoma a tale soggetto²²¹.

Ebbene, seppure quest'ultima soluzione paia maggiormente coerente con il percorso argomentativo svolto dalla pronuncia, essa non pare condivisibile. Sulla base di quanto

²¹⁷ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, p. 11.

²¹⁸ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, p. 12.

²¹⁹ Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12546, p. 12.

²²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2022, n. 45680; Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2021, n. 7220.

²²¹ Nel primo senso risultano orientati, in particolare, D. MINOTTI, *Valutato come attivo un comportamento solo connivente*, cit., p. 93; V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, cit., p. 929 ss.; V. SELLAROLI, *Presupposti e criteri di imputabilità del blogger per commenti diffamatori postati dagli utenti*, cit.; S. VIMERCATI, *La responsabilità del gestore del sito per i contenuti pubblicati da soggetti terzi*, cit., *passim*; nel secondo, invece, B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, cit., p. 316.

osservato *supra*²²², il contributo del gestore del *blog*, quand'anche commissivo lo si voglia considerare – ed è questa la soluzione che più ci convince –, si colloca in continuità con quello dell'utente: non riattiva o aggrava con soluzione di continuità il rischio illecito azionato da quest'ultimo²²³.

Delle due quindi l'una: dovendosi ricollegare la responsabilità del gestore del *blog* al paradigma concorsuale, o si condivide che l'aggravarsi dell'offesa arrecata dall'illecito possa traslare in avanti il momento consumativo del reato – così aprendo alla responsabilizzazione del *blogger* – o si deve escludere che questo possa rispondere per la mancata rimozione del contenuto, benché “consapevole”.

Ci pare opportuno concludere l'analisi di questo specifico filone giurisprudenziale evidenziando, ancora una volta, le storture che una incerta distinzione tra azione e omissione, nonché una dubbia individuazione del momento consumativo del reato, comportano quando ci si trovi a valutare la responsabilità dei *providers* o di figure analoghe, quale quella dei gestori di un *blog*. A dimostrazione di ciò, richiamiamo un passaggio ricavato dalla giurisprudenza successiva alla sentenza analizzata: «nella pronuncia in riferimento [ovvero proprio quella poc'anzi commentata] si è esclusa [...] la posizione di garanzia e il conseguente obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv c.p. in capo all'amministratore di *blog*, non essendo investito il *blogger* di poteri giuridici impeditivi di eventi offensivi di beni altrui in assenza di fonti normative che li conferiscano; si è, quindi, delineata la possibile attribuibilità della diffamazione a titolo di concorso, individuato nella consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione, con ulteriore replica della offensività realizzata tramite il mantenimento consapevole sul *blog* dello scritto diffamante. In conclusione si è ritenuto che la mancata tempestiva attivazione del gestore del *blog* nella rimozione di proposizioni denigratorie costituisca adesione volontaria ad esse, con l'effetto a questo punto voluto di consentirne l'ulteriore divulgazione»²²⁴.

Letteralmente: si esclude la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al *blogger* in quanto difetterebbero *poteri giuridici impeditivi*, benché successivamente riconosciuti in quanto rimproverato “per non aver rimosso”; si assegna una responsabilità a

²²² Cfr. § 2.2.1.

²²³ Sul punto, S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 373, osserva che «quanto invece all'idea di qualificare l'*hosting provider* alla stregua di un autonomo autore, ragioni di natura sistematica inducono a limitare la suddetta equiparazione ai casi in cui il soggetto compie ulteriori atti che denotano la sua volontà di far propria la pubblicazione».

²²⁴ Cass. pen., sez. V, 21 settembre 2022, n. 45680.

titolo concorsuale senza spendere alcuna considerazione in merito alla già avvenuta consumazione dell'illecito; la «mancata tempestiva attivazione» non solo fonda il substrato oggettivo, di matrice attiva, della condotta, ma dimostra anche «l'adesione volontaria alle proposizioni denigratorie». Difficile immaginare di peggio.

5.2. *Le aperture della giurisprudenza sovranazionale*

Ad un atteggiamento di favore del diritto vivente interno nei confronti dei *providers* – altresì testimoniato dall'esiguo numero di casi valutati – fa da *pendant* una sostanziale apertura alla responsabilizzazione degli ISP da parte della giurisprudenza sovranazionale.

Incentrando i propri giudizi sul corretto bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti, alcune decisioni della Corte Edu e della Corte di giustizia europea intervenute soprattutto nell'ultimo decennio hanno ristretto i margini di applicabilità del c.d. *safe harbour* comunitario, arrivando persino a riconoscere la compatibilità al diritto europeo dell'obbligatoria adozione da parte del *provider* di strumenti volti a *prevenire* la commissione di reati da parte dei destinatari dei servizi.

5.2.1. *Le decisioni della Corte Edu*

Di particolare importanza nel settore in esame sono le decisioni della corte Edu nei casi KU vs. Finlandia del 2008, Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi vs. Svezia del 2013, Delfi vs. Estonia del 2015 e Rolf Anders Daniel Pihl vs. Svezia del 2017²²⁵.

i) KU vs. Finlandia.

Il caso riguarda il caricamento di un annuncio su un sito di incontri avente ad oggetto un dodicenne – del quale era stata precisata età, anno di nascita, caratteristiche fisiche, foto e numero telefonico (errato di una sola cifra) – da parte di un utente rimasto anonimo²²⁶.

²²⁵ Tutte le pronunce sono disponibili al sito www.hudoc.echr.coe.int. Si rinvia al commento, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., pp. 83 ss.; ID., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., pp. 90 ss.

²²⁶ Cfr. Corte Edu, sez. IV, 2 dicembre 2008, ric. n. 2872/02, in www.hudoc.echr.coe.int.

Nella pubblicazione era stato chiarito che il minore sarebbe stato alla ricerca di una relazione con un soggetto di pari età o più grande “[*that should have shown him the way*]”.

Ricevuta una mail da parte di un utente interessato, il padre del minore si era rivolto alla polizia per poter identificare il soggetto autore dell’annuncio e, così, sporgere denuncia. A fronte del rifiuto di comunicazione di tali dati da parte del fornitore del servizio, giustificato dal rispetto del diritto alla riservatezza, la polizia aveva adito il Tribunale Distrettuale di Helsinki per obbligare il *provider* a rilasciare le informazioni richieste. Quest’ultimo, tuttavia, aveva rigettato l’istanza, rilevando la mancanza del reato applicabile – quello di “*malicious misrepresentation*”²²⁷ – nell’elenco di illeciti che ne avrebbero potuto comportare l’accoglimento. La decisione venne confermata in appello e la Suprema Corte non permise il ricorso.

La quarta sezione della Corte Edu riconduce pacificamente la lesione lamentata dal ricorrente all’art. 8 CEDU, che impone non solo un obbligo “negativo” di astensione da parte delle autorità dalle interferenze arbitrarie nella “vita privata”, concetto che investe anche l’integrità fisica e morale della persona, bensì anche doveri “positivi” di tutela di siffatto diritto. In tal guisa, la Corte rileva che la salvaguardia di tale interesse avrebbe dovuto imporre rimedi che consentissero l’identificazione dell’autore, non potendo essi rimanere subordinati al completo rispetto del principio di riservatezza, strettamente correlato alla libertà di espressione e di segretezza delle comunicazioni in *Internet*.

Segnatamente, la Corte rileva che «*an effective investigation could never be launched because of an overriding requirement of confidentiality. Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of*

²²⁷ Questo il dettato del Capitolo 27, art. 3, del codice penale finlandese, così come riportato in sentenza: “*A person who in a manner other than that stated above commits an act of malicious misrepresentation against another by a derogatory statement, threat or other degrading act shall be sentenced for malicious misrepresentation to a fine or to imprisonment for a maximum period of three months. If the malicious misrepresentation is committed in public or in print, writing or a graphic representation disseminated by the guilty party or which the guilty party causes, the person responsible shall be sentenced to a fine or to imprisonment for a maximum period of four months*”.

Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context»²²⁸.

ii) Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi vs. Svezia.

Fredrik Neij e Peter Sunde erano due soggetti che avevano variamente contribuito – insieme ad altri – alla gestione e allo sviluppo del sito The Pirate Bay: come ricordato in precedenza²²⁹, uno dei più grandi servizi di condivisione di dati.

Questi erano stati condannati, in via concorsuale, per la violazione di diritti d'autore in quanto avrebbero fornito ai propri utenti, tramite l'offerta del servizio, l'opportunità di cercare e scaricare file torrent costituenti opere tutelate²³⁰.

Il ricorso si incentrava sulla violazione dell'art. 10 CEDU, il quale – ad avviso dei ricorrenti – avrebbe dovuto legittimare la concessione di un mezzo di comunicazione su *Internet*, sebbene strumentalizzato per fini vietati. Naturalmente, gli stessi ricorrenti invocavano altresì l'esenzione della responsabilità enucleata dalla direttiva sul commercio elettronico.

La quinta sezione della Corte Edu, richiamando il ruolo chiave di *Internet* nell'assicurazione della libertà di espressione, attiva e passiva, evidenzia la necessità di ricomprendere nell'oggetto di tutela dell'art. 10 anche ai mezzi di trasmissione o ricezione delle informazioni, non solamente le comunicazioni stesse. E ciò in quanto, naturalmente, qualsiasi restrizione imposta ai fornitori di canali di informazione si ripercuoterebbe sul diritto di riceverle e trasmetterle.

Rifiutando però una tutela “tiranna” del diritto di espressione, la Corte passa a considerare la congruità alla CEDU delle restrizioni operate dalla legge sul diritto d'autore

²²⁸ Corte Edu, sez. IV, 2 dicembre 2008, ric. n. 2872/02.

²²⁹ Corte Edu, sez. V, 19 febbraio 2013, ric. n. 40397/12, in www.hudoc.echr.coe.int.

²³⁰ La sentenza richiama la sezione 53 del Copyright act, il quale prevede che “*Anyone who, in relation to a literary or artistic work, commits an act which infringes the copyright enjoyed in the work under the provisions of Chapters 1 and 2 or which violates directions given under Section 41, second paragraph, or Section 50, shall, where the act is committed wilfully or with gross negligence, be punished by fines or imprisonment for not more than two years.*

Anyone who for his private use copies a computer programme which is published or of which a copy has been transferred with the authorisation of the author shall not be subject to criminal liability, if the master copy for the copying is not used in commercial or public activities and he or she does not use the copies produced of the computer programme for any purposes other than his private use. Anyone who for his private use has made a copy in digital form of a compilation in digital form which has been made public shall, under the same conditions, not be subject to criminal liability for the act.

The provisions of the first paragraph also apply if a person imports copies of a work into Sweden for distribution to the public, if such a copy has been produced abroad under such circumstances that a similar production here would have been punishable under that Paragraph”.

svedese. Nello specifico, approfondisce la possibilità di ricomprendere tali prescrizioni tra le “misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario” di cui al par. 2 dell’art. 10.

Viene dunque chiarita l’impossibilità di effettuare una valutazione di compatibilità alla CEDU in termini assoluti, dovendo risiedere la *ratio* della decisione nella definizione del corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti: nel caso di specie, la libertà di espressione e quelli relativi alla protezione dei diritti d’autore (ai quali è accordata protezione dall’art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione)²³¹.

Letteralmente: «*the test of whether an interference was necessary in a democratic society cannot be applied in absolute terms. On the contrary, the Court must take into account various factors, such as the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case. In the present case, the Court is called upon to weigh, on the one hand, the interest of the applicants to facilitate the sharing of the information in question and, on the other, the interest in protecting the rights of the copyright-holders*»²³².

Considerando non sproporzionate e, al contempo, giustificate le misure adottate dalla legge sul diritto d’autore svedese, la Corte le considera “*necessary in a democratic society*”, ai sensi del par. 2 dell’art. 10 CEDU, e dichiara conseguentemente l’inammissibilità del ricorso.

iii) Delfi vs. Estonia.

Una tappa fondamentale nell’evoluzione giurisprudenziale tesa alla responsabilizzazione dei fornitori di servizi *online* è data dalla pronuncia Delfi v. Estonia; e

²³¹ Nello specifico, l’art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (1952), rubricato “Protezione della proprietà”, prevede che “1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. 2. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

²³² Corte Edu, sez. V, 19 febbraio 2013, ric. n. 40397/12.

ciò benché venga sottoposta al vaglio della Grande camera la legittimità di una condanna civile del *provider*²³³.

Delfi era un portale di notizie *Internet* che, al momento del deposito del ricorso, pubblicava sino a 330 articoli al giorno. Sotto ogni articolo il portale lasciava la possibilità agli utenti di commentare, anche mediante pseudonimo. Nonostante la grande massa di commenti per ciascuno scritto – dell’ordine di grandezza di 10.000 al giorno –, il portale si era dotato di mezzi idonei ad impedire o a rimuovere la pubblicazione di contenuti sia segnalati dagli utenti sia contenenti parole oscene.

Nel caso di specie, era stato pubblicato un articolo in cui si dava atto della distruzione di strade di ghiaccio, ovvero strade pubbliche sul mare ghiacciato aperte in inverno tra la terraferma estone e alcune isole, ad opera di “SLK”, una società per azioni pubblica che forniva il trasporto con traghetti. Allo stesso seguirono, in soli due giorni, 185 commenti, di cui circa 20 contenenti minacce personali e frasi offensive nei confronti di un componente del consiglio di sorveglianza della compagnia, nonché azionista di maggioranza. Circa un mese e mezzo dopo la pubblicazione, gli avvocati della persona offesa richiesero il risarcimento del danno subito e la rimozione dei commenti offensivi. Quest’ultima intervenne il giorno stesso, ma, a distanza di qualche settimana, la società che aveva in gestione il portale riscontrò la richiesta della persona offesa rifiutando la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento. In particolare, veniva lumeggiato che i commenti erano stati prontamente rimossi sulla base del meccanismo di *notice and take down*.

A seguito della corrispondente iniziativa giudiziale, tale società venne ritenuta non responsabile dei commenti in quanto, a parere del giudice di prima istanza, si sarebbe limitata ad una attività passiva ed automatica del tutto in linea con quanto richiesto dalla normativa di recepimento della direttiva CE 2000/31. In appello, la Corte mise in discussione la compatibilità dell’attività svolta dal *provider* con quella meramente automatica e passiva richiesta dalla normativa comunitaria. Così, nel nuovo giudizio di primo grado, i rimedi adottati – quali il meccanismo di *notice and take down* e quello di censura automatica – vennero considerati non idonei a garantire i diritti della personalità dei terzi.

²³³ Corte Edu, Grande camera, 16 giugno 2015, ric. n. 64569/09, in www.hudoc.echr.coe.int. In relazione alla vicenda, anche V. NARDI, *I discorsi d’odio nell’era digitale: quale ruolo per l’Internet Service Provider?*, cit., p. 16.

Nel nuovo giudizio d'appello la condanna venne confermata, altresì evidenziando che il portale non si sarebbe limitato ad una attività meramente passiva ed automatica, ma avrebbe inviato gli utenti a pubblicare i commenti, così assumendosene, di fatto, la paternità. Anche la Suprema Corte esclude che l'ISP potesse considerarsi svolgere un'attività meramente passiva e automatica: confermò dunque la decisione della Corte d'appello.

In prima istanza, la Corte Edu, non ravvisando alcuna violazione dell'art. 10 CEDU, condivise siffatta impostazione: la società che controlla il portale non si sarebbe limitata a fornire un servizio da mero intermediario, bensì avrebbe invitato i propri visitatori a completare le notizie con propri giudizi e opinioni. D'altro canto, avevano osservato i giudici di Strasburgo, il guadagno della società, derivante dalla messa a disposizione di spazi pubblicitari, variava a seconda del numero di visualizzazioni. E ciò implica, naturalmente, che la stessa avesse interesse alla pubblicazione dei commenti.

L'assunzione della paternità dei contenuti da parte del portale fu inoltre correlata alla completa signoria da parte di Delfi sugli stessi, altresì testimoniata dalla mera possibilità di segnalazione del contenuto offensivo da parte dei privati, quand'anche ne fossero gli autori.

Confermando quanto esposto, la Grande Camera aggiunge la distinzione tra il caso di specie e quello di altre piattaforme *online* che consentono ai privati di diffondere commenti (anche offensivi), quali forum di discussione, bacheche o *social media*, in cui gli utenti possono liberamente esporre le proprie idee su qualsiasi argomento senza che la discussione venga orientata da alcun contributo del relativo gestore.

D'altro canto, si sottolinea come il portale fosse uno dei più noti e conosciuti del paese e come fosse da tempo esistente una preoccupazione attinente alla natura (lesiva) dei commenti che attirava. I commenti oggetto di esame non richiedevano poi, per valutarne l'illiceità, una particolare analisi linguistica o giuridica, consistendo principalmente in discorsi di odio e incitanti direttamente ad atti di violenza.

Inoltre, è opportuno segnalare come una particolare attenzione venga riservata dalla Grande Camera alla capacità economica della società ricorrente, che avrebbe dovuto valutare la possibilità (giuridica) di essere chiamata a rispondere dei relativi commenti.

Tale circostanza, insieme alla natura degli stessi (incitanti all'odio e alla violenza), viene valorizzata anche con riguardo alla valutazione delle misure necessarie a garantire un corretto bilanciamento degli interessi in gioco. Segnatamente, tali argomenti vengono spesi per considerare insufficiente un meccanismo di rimozione dei contenuti illeciti

esclusivamente basato sulla segnalazione della persona offesa o di terzi, i quali ben potrebbero, per i motivi più disparati, non intervenire. Così, conclude la Corte di Strasburgo, l'imposizione di strumenti in grado di rimuovere immediatamente contenuti di tal fatta, anche in assenza di previa segnalazione, non possono ritenersi in contrasto con l'art. 10 CEDU.

Questo il passaggio decisivo: «*the Court observes that the applicant company has argued (see paragraph 78 above) that the Court should have due regard to the notice-and-take-down system that it had introduced. If accompanied by effective procedures allowing for rapid response, this system can in the Court's view function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. However, in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court's case-law (see paragraph 136 above), the Court considers, as stated above (see paragraph 153), that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties*»²³⁴.

iv) Rolf Anders Daniel Pihl vs. Svezia del 2017.

Si rivela coerente con le predette statuizioni anche l'approdo della Corte Edu nel (già citato) caso Rolf Anders v. Svezia del 2017²³⁵.

Richiamando quanto già espresso in precedenza in relazione alla vicenda, ci limitiamo in questa sede a segnalare come sia stato qui ritenuto compatibile con gli artt. 8 e 10 CEDU un intervento di rimozione “*ex post*”, successivo alla comunicazione da parte della persona offesa (peraltro immediatamente ottemperato). Tale approdo si spiega alla luce di due differenze con i casi precedenti: (i) il *blog* è di piccole dimensioni e gestito da una associazione no-profit; (ii) il contenuto caricato – come si ricorderà, consistente nell'accusa al sig. Pihl di appartenere ad un partito nazista e di consumare abitualmente sostanze stupefacenti – non riproduce informazioni incitanti ad odio o violenza.

Prima di spendere qualche considerazione a riguardo, analizziamo anche le pronunce di maggior interesse della Corte di Giustizia UE.

²³⁴ Corte Edu, Grande camera, 16 giugno 2015, ric. n. 64569/09.

²³⁵ Corte Edu, sez. III, 9 marzo 2017, ric. n. 74742/14, in www.hudoc.echr.coe.int.

5.2.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

È soprattutto dal confronto tra le sentenze più remote, relative ai casi *Scarlet vs. Sabam* del 2011 e *Sabam vs. Netlog* del 2012, e quelle più recenti, sui casi *Telekabel vs. Constantin Film* del 2014 e *Mc Faden vs. Sony* del 2016, che si evince un’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia UE volta ad una più marcata responsabilizzazione degli ISP in relazione a contenuti veicolati da terzi. L’arresto sui casi *F. Peterson vs. Google LLC et al.* e *Elsevier Inc. vs. Cyando AG* del 2021 risulta invece fondamentale per definire la reale portata della previsione attinente alla conoscenza del contenuto illecito e, al contempo, per estendere l’applicazione del c.d. *safe harbour* comunitario anche ai *providers* che adottino meccanismi di indicizzazione automatizzati e sistemi volti a “consigliare” contenuti ritenuti di interesse²³⁶.

i) Il caso *Scarlet vs. Sabam* del 2011.

La Sabam era una società di rappresentanza di autori, compositori ed editori di opere musicali. La Scarlet, invece, era un mero fornitore di accesso ad *Internet*. Nel caso di specie, Sabam aveva chiesto che fosse riconosciuta la responsabilità di Scarlet per la violazione del diritto d’autore e che fosse condannata a far cessare l’abusiva condivisione tramite reti *peer to peer* di opere coperte da diritto d’autore da parte degli utenti²³⁷.

A seguito dell’appello proposto dall’*access provider* avverso il provvedimento del giudice di prime cure, che aveva ordinato l’inibizione, a pena di ammenda, delle violazioni del diritto d’autore, rendendo impossibile qualsivoglia condivisione di file consistenti in opere tutelate, era stato richiesto alla Corte di esprimersi in ordine alla compatibilità di un siffatto obbligo – non limitato temporalmente e indistintamente rivolto a tutti gli utenti – e con il dettato della direttiva CE 2000/31, e con gli artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Ebbene, la Corte di Giustizia, richiamando il divieto imposto alle autorità nazionali di adottare misure che impongano al *provider* una sorveglianza generalizzata (art. 15, par. 1, dir. CE 2000/31), esclude che l’adempimento ad un siffatto obbligo possa dirsi compatibile con il diritto europeo.

²³⁶ Tutte le pronunce citate sono consultabili su www.curia.europa.eu. In commento alle prime quattro, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, cit., pp. 85 ss., e, anche alla quinta, ID., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d’insieme*, cit., pp. 92 ss.

²³⁷ Corte di Giustizia UE, sez. III, 24 novembre 2011, causa C-70/10, in www.curia.europa.eu.

Nello specifico, essa precisa che un siffatto sistema di filtraggio presupporrebbe:

«- che [Scarlet] identifichi, in primo luogo, nell'insieme delle comunicazioni elettroniche di tutti i suoi clienti, i file che appartengono al traffico "*peer-to-peer*";

- che esso identifichi, in secondo luogo, nell'ambito di tale traffico, i file che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti di proprietà intellettuale affermino di vantare diritti;

- in terzo luogo, che esso determini quali tra questi file sono scambiati in modo illecito e,

- in quarto luogo, che proceda al blocco degli scambi di file che esso stesso qualifica come illeciti»²³⁸.

Così, viene evidenziato che una «siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe [...] un'osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete [dove Scarlet è] coinvolt[a] e, pertanto, includerebbe tutte le informazioni da trasmettere e ciascun cliente che si avvale di tale rete»²³⁹. Inevitabile il contrasto con il dettato dell'art. 15, par. 1, dir. CE 2000/31.

D'altro canto, si osserva come un obbligo sostanzialmente illimitato temporalmente e avente ad oggetto anche opere non ancora create obbligherebbe il *provider* a predisporre un sistema eccessivamente complesso e costoso, in contrasto con la libertà di impresa, e per di più non assicurante il corretto equilibrio tra quest'ultima e la tutela della proprietà intellettuale.

Da ultimo, la Corte pone in luce come un tale provvedimento verrebbe inevitabilmente a ripercuotersi sui diritti dei singoli utenti: segnatamente, sulla tutela dei dati personali e di libera espressione e informazione, rispettivamente tutelati agli artt. 9 e 11 CDFUE. A quest'ultimo profilo la pronuncia ricollega anche, per un verso, il pericolo che, per questa via, si pervenga al blocco della trasmissione di contenuti leciti, ritenuti erroneamente lesivi, e, per altro verso, l'impossibilità di valorizzare adeguatamente la differenza tra le legislazioni dei vari stati eventualmente coinvolti: si pensi al caso in cui taluno di questi consenta il *downlad* gratuito di determinate opere.

ii) Il caso Sabam vs. Netlog del 2012.

Assai simile al caso precedente, sia per i soggetti coinvolti, sia per le conclusioni della Corte, è il c.d. caso Netlog²⁴⁰. Anche in questa ipotesi, Sabam aveva lamentato una violazione del diritto d'autore da parte di Netlog, la quale avrebbe messo a disposizione

²³⁸ Corte di Giustizia UE, sez. III, 24 novembre 2011, causa C-70/10.

²³⁹ Corte di Giustizia UE, sez. III, 24 novembre 2011, causa C-70/10.

²⁴⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. III, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, in www.curia.europa.eu.

degli utenti un servizio volto a condividere informazioni, tuttavia strumentalizzato dai destinatari poiché utilizzato per trasmettere dati del repertorio di Sabam. Di qui il rinvio pregiudiziale del giudice *a quo* e l'intervento della Corte di Lussemburgo.

La soluzione adottata dalla pronuncia origina dalla dichiarazione di riconducibilità di Netlog alla qualifica di *hosting provider* (allo stesso si dovrebbe dunque applicare la disciplina prevista dall'art. 14 della direttiva CE 2000/31) e prosegue precisando l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 15, par. 1, dir. CE 2000/31.

Come nel caso precedente, si osserva che «la predisposizione di tale sistema di filtraggio presupporrebbe che il prestatore di servizi di *hosting*:

- identifichi, anzitutto, all'interno dell'insieme dei file memorizzati sui suoi server da tutti gli utenti dei suoi servizi, quelli che possono contenere opere su cui i titolari di diritti di proprietà intellettuale affermano di vantare diritti;

- determini, successivamente, quali dei suddetti file siano memorizzati e messi a disposizione del pubblico in maniera illecita, e

- proceda, infine, al blocco della messa a disposizione dei file che ha considerato illeciti»²⁴¹.

Conseguentemente, prosegue la Corte, «una siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe un'osservazione attiva dei file memorizzati dagli utenti presso il prestatore di servizi di *hosting* e riguarderebbe sia la quasi totalità delle informazioni così memorizzate sia ciascuno degli utenti dei servizi di tale prestatore»²⁴².

Riprendendo le ragioni spese nel caso *Scarlet vs. Sabam* anche in merito al corretto bilanciamento tra i diritti di libera iniziativa economica, di tutela della proprietà intellettuale e degli artt. 9 e 11 CDFUE, si conclude dunque osservando come un obbligo di adozione di un siffatto meccanismo di filtraggio si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione.

iii) Il caso Telekabel vs. Costantin Film.

A conclusioni dissimili si perviene, come anticipato, nella pronuncia sul caso *Telekabel vs. Costantin Film*²⁴³. Telekabel era un fornitore di accesso ad *Internet* al quale era stato chiesto per via giudiziale da Costantin Film e Wega, due case cinematografiche, di impedire l'accesso ad un sito che permetteva agli utenti di scaricare abusivamente o di visionare “in *streaming*” alcune delle loro opere. La Corte era stata adita, tramite rinvio

²⁴¹ Corte di Giustizia UE, sez. III, 16 febbraio 2012, causa C-360/10.

²⁴² Corte di Giustizia UE, sez. III, 16 febbraio 2012, causa C-360/10.

²⁴³ Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12, in www.curia.europa.eu.

pregiudiziale, dalla Suprema Corte austriaca, a seguito dell'impugnazione, da parte di Telekabel, del provvedimento che la obbligava ad assumere i provvedimenti richiesti.

Diversamente da quanto statuito in precedenza, nel caso di specie viene considerata legittima un'ingiunzione che lasci al destinatario – quindi all'operatore economico – discrezionalità in merito agli strumenti da predisporre per ridurre il rischio di violazioni del diritto d'autore.

Nello specifico, si evidenzia che «le misure adottate dal destinatario di un'ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, devono essere sufficientemente efficaci per garantire una tutela effettiva del diritto fondamentale in parola, vale a dire esse devono aver l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di *Internet* che ricorrono ai servizi del destinatario di tale ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del suddetto diritto fondamentale»²⁴⁴.

D'altro canto, rileva la Corte, «sebbene le misure adottate in esecuzione di un'ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, non siano idonee a condurre, eventualmente, alla cessazione completa delle violazioni arrecate al diritto di proprietà intellettuale, esse non possono essere considerate incompatibili con l'esigenza di trovare un giusto bilanciamento, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, in fine, della Carta, tra tutti i diritti fondamentali applicabili, a condizione tuttavia, da un lato, che non privino inutilmente gli utenti di *Internet* della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e scoraggiare seriamente gli utenti di *Internet* che ricorrono ai servizi del destinatario di tale ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale»²⁴⁵.

iv) Il caso *Mc Faden vs. Sony*.

In linea con l'orientamento inaugurato dal caso *Telekabel vs. Costantin Film* si pone anche la pronuncia della Corte di Lussemburgo nella vicenda *Mc Faden vs. Sony*²⁴⁶.

Il sig. *Mc Fadden*, che gestiva un'impresa di vendita e noleggio di materiali d'illuminazione e audio, concedeva, a fini pubblicitari, la possibilità alle persone circostanti

²⁴⁴ Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12.

²⁴⁵ Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12.

²⁴⁶ Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12, in www.curia.europa.eu.

al negozio di connettersi ad *Internet* mediante un servizio gratuito e non caratterizzato da credenziali d'accesso. Nell'ambito dello stesso era stata messa gratuitamente a disposizione, da parte di altri privati, un'opera musicale appartenente a Sony Music, la quale aveva richiesto al sig. Mc Fadden il risarcimento dei danni subiti e la cessazione della violazione. Di qui il rinvio pregiudiziale per stabilire la legittimità di un rimprovero al fornitore del servizio per non aver protetto la rete attraverso la quale era stato possibile commettere in modo anonimo la violazione.

La Corte valuta essenzialmente l'esperibilità di tre rimedi "preventivi": *a)* esaminare tutte le informazioni trasmesse; *b)* chiudere la connessione; *c)* proteggere la rete mediante password.

La sostenibilità della prima ipotesi viene esclusa sulla base del dettato dell'art. 15, par. 1, dir. CE 2000/31, la seconda valorizzando un insostenibile bilanciamento dei beni in gioco. La tutela garantita da una password viene invece ritenuta coerente con un corretto equilibrio degli interessi coinvolti.

Osserva in fatti la Corte che «una misura adottata da un fornitore di accesso ad una rete di comunicazione consistente nel proteggere la connessione di tale rete a *Internet* non sembra idonea a compromettere la possibilità di cui dispongono gli utenti di *Internet* che ricorrono ai servizi di tale fornitore di accedere lecitamente a informazioni, dato che non comporta alcun blocco del sito *Internet*». D'altra parte, «se si affermasse che un fornitore di accesso a una rete di comunicazione non deve proteggere la sua connessione a *Internet* si finirebbe col privare il diritto fondamentale alla proprietà intellettuale di ogni tutela, il che contrasterebbe con l'idea del giusto equilibrio»²⁴⁷.

Conclude infatti la Corte constatando «che una misura consistente nel proteggere la connessione a *Internet* mediante una password può dissuadere gli utenti di tale connessione dal violare un diritto d'autore o diritti connessi, nei limiti in cui tali utenti siano obbligati a rivelare la loro identità al fine di ottenere la password richiesta e non possano quindi agire anonimamente»²⁴⁸.

v) I casi *F. Peterson vs. Google LLC et al.* e *Elsevier Inc. vs. Cyando AG* del 2021.

²⁴⁷ Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12.

²⁴⁸ Corte di Giustizia UE, sez. IV, 27 marzo 2014, causa C-314/12.

In questa ipotesi, la pronuncia della Grande Sezione origina dalla riunione dei due procedimenti *F. Peterson vs. Google LLC et al.* e *Elsevier Inc. vs. Cyando AG*²⁴⁹.

Nel primo, *F. Peterson*, proprietario della *Nemo Studios*, con la quale l'artista *Sarah Brightman* aveva sottoscritto un contratto in esclusiva mondiale relativo allo sfruttamento di registrazioni audio e video delle sue esibizioni, lamentava la pubblicazione sulla piattaforma *YouTube* (controllata da *Google*) di diverse opere e concerti.

Il giudice del rinvio – nel caso di specie, il *Bundesgerichtshof* – si chiedeva se l'attività di gestione della piattaforma *YouTube*, anche alla luce delle concrete modalità di estrinsecazione, potesse rientrare nell'ambito applicativo dell'art.14, par. 1, della direttiva sul commercio elettronico, così da escludere la sua riconducibilità alla nozione di *hosting attivo*.

Nello specifico, veniva rilevato che: «- il caricamento dei video sui server di *Google* avviene secondo un processo automatizzato, senza visualizzazione o controllo preventivi da parte delle resistenti nel procedimento principale; - per poter caricare video sulla piattaforma *Internet YouTube* è necessario creare un account, con un nome utente e una password, e accettare i termini generali di servizio di tale piattaforma [...]; - *YouTube* ha predisposto vari dispositivi tecnici al fine di far cessare e prevenire le violazioni sulla sua piattaforma. Chiunque può notificarle la presenza di un video illecito per iscritto, fax, posta elettronica o modulo *web*. È stato creato un pulsante di notifica grazie al quale possono essere segnalati contenuti indecenti o illeciti. I titolari di diritti hanno anche la possibilità, mediante un procedimento speciale di segnalazione, di far rimuovere dalla piattaforma, indicando gli indirizzi *Internet (URL)* corrispondenti, fino a dieci video per contestazione specificamente designati; - *YouTube* ha inoltre istituito un programma di verifica dei contenuti (“*Content Verification Program*”) che agevola la designazione dei video da parte del titolare dei diritti, consentendogli di contrassegnare in un elenco di video quelli che ritiene violino i suoi diritti. Detto programma è messo a disposizione unicamente per le imprese che si sono registrate appositamente per questo scopo, e non per semplici privati [...]; - oltre a ciò, per individuare i contenuti illeciti, *YouTube* ha sviluppato i software di riconoscimento di contenuto denominati “*Content ID*” o “*YouTube Audio ID*” e “*YouTube Video ID*”. A tal fine, il titolare dei diritti deve fornire un file di riferimento audio o video che consenta a *YouTube* di individuare sulla sua piattaforma altri video aventi, in tutto o in parte, il medesimo contenuto [...]; - *YouTube* offre una funzione di ricerca e procede a una valutazione della rilevanza geografica dei risultati della ricerca riassunti nella pagina iniziale sotto forma di “classificazione” nelle sezioni “video visti attualmente”, “video pubblicizzati” e “video di tendenza”. Altre rassegne dell'offerta sono disponibili sotto i titoli “video” e “sfoglia canali” con le sottosezioni “intrattenimento”, “musica” o “film e animazione”. Se un utente registrato utilizza

²⁴⁹ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 giugno 2021, cause C-682/18 e C-683/18, in www.curia.europa.eu.

la piattaforma, gli viene mostrata una rassegna dei “video consigliati” il cui contenuto varia in funzione dei video che ha già visto»²⁵⁰.

Inoltre, il giudice remittente si chiedeva se, ai fini dell’effettiva conoscenza di cui all’art. 14 dir. CE 2000/31, dovesse essere richiesta la consapevolezza della specifica attività illecita ovvero bastasse la contezza di un generico caricamento di contenuti illeciti.

I medesimi quesiti sono stati formulati, sempre dal Bundesgerichtshof, anche nell’ambito della vicenda Elsevier Inc. vs. Cyando AG.

Elsevier era un editore internazionale, titolare in esclusiva dei diritti di sfruttamento delle opere successivamente pubblicate abusivamente dagli utenti della piattaforma “Uploaded”, gestita da Cyando AG.

La Cyando, tuttavia, non indicizzava i contenuti, né offriva una funzione di ricerca. I link comunicati dalla piattaforma per scaricarli, con la relativa descrizione, venivano condivisi dagli stessi utenti su *blog* o forum.

In ordine al primo dei richiamati quesiti, la Corte di giustizia evidenzia l’irrilevanza di meccanismi volti a ricercare informazioni illecite per negare l’applicazione del c.d. *safe harbour* comunitario.

«Se il gestore di una piattaforma di condivisione di video, come YouTube, mett[e] in atto misure tecniche volte a individuare, tra i video comunicati al pubblico tramite la sua piattaforma, contenuti che possano violare il diritto d’autore, non implica che, così facendo, detto gestore svolga un ruolo attivo che gli conferisca la conoscenza o il controllo del contenuto di tali video e ciò a pena di escludere dal regime di esonero dalla responsabilità previsto dall’articolo 14, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico i prestatori di servizi della società dell’informazione che adottano misure finalizzate proprio a contrastare siffatte violazioni»²⁵¹.

Quanto al tipo di conoscenza richiesta dall’art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, invece, la Corte precisa che tale condizione non può dirsi «soddisfatta per il solo motivo che tale gestore è consapevole, in generale, del fatto che la sua piattaforma sia utilizzata anche per condividere contenuti che possono violare diritti di proprietà intellettuale e che esso è quindi astrattamente al corrente della messa a disposizione illecita di contenuti protetti sulla sua piattaforma». E prosegue: «dal tenore letterale, dall’obiettivo

²⁵⁰ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 giugno 2021, cause C-682/18 e C-683/18.

²⁵¹ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 giugno 2021, cause C-682/18 e C-683/18.

e dall'impianto sistematico dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico nonché dal contesto generale in cui esso si inserisce emerge che le ipotesi contemplate da tale articolo 14, paragrafo 1, lettera a), ossia quella in cui il prestatore dei servizi di cui trattasi sia "effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita" e quella in cui un siffatto prestatore sia "al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione", si riferiscono ad attività e informazioni illecite concrete»²⁵².

Ma vi è di più. La Grande sezione chiarisce altresì che «la circostanza che il gestore di una piattaforma di condivisione di contenuti online proceda ad un'indicizzazione automatizzata dei contenuti caricati su tale piattaforma, che detta piattaforma contenga una funzione di ricerca e che essa consigli video in funzione del profilo o delle preferenze degli utenti non può essere sufficiente per considerare che detto gestore sia "concretamente" al corrente di attività illecite realizzate sulla medesima piattaforma o di informazioni illecite ivi memorizzate»²⁵³.

Ebbene, tale precisazione, benché pronunciata in relazione al requisito della consapevolezza dell'informazione illecita, assume una funzione fondamentale per escludere che, in queste ipotesi, l'*hosting provider* possa essere considerato "attivo" e, conseguentemente, escluso dall'ambito applicativo della normativa di favore.

Com'è evidente, l'evoluzione della *law in action* sovranazionale mostra ampi spazi per l'individuazione di una responsabilità (anche penale) dei *providers*. A proposito, risultano di particolare interesse sia le sentenze sui casi Telekabel vs. Costantin Film e Mc Faden vs. Sony della Corte di Giustizia, sia i vari approdi della Corte Edu, tra i quali assume maggior interesse la pronuncia sul caso Delfi vs. Estonia. Dalle stesse emerge infatti come il fornitore di servizi *online* non possa beneficiare, pur in presenza degli artt. 12 ss. della dir. CE 2000/31, di una incondizionata libertà di esercizio della propria attività; e ciò benché sia volta a dar piena attuazione alla libertà di espressione degli utenti. Viceversa, sono ritenuti legittimi gli obblighi di predisposizione di strumenti che impongono variamente agli ISP, altresì in base alle proprie potenzialità economiche, di far fronte alla tutela dei beni delle vittime dei reati che possono essere commessi tramite le proprie reti e, parallelamente, è stato escluso (nella pronuncia sui casi F. Peterson vs. Google LLC *et al.* e Elsevier Inc. vs.

²⁵² Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 giugno 2021, cause C-682/18 e C-683/18.

²⁵³ Corte di Giustizia UE, Grande sezione, 22 giugno 2021, cause C-682/18 e C-683/18.

Cyando AG del 2021) che siffatti meccanismi, qualora predisposti su base volontaria, possano rendere il *provider* “attivo”, con conseguente impossibilità di invocare il c.d. *safe harbour* comunitario. Tali tendenze, come si vedrà nel prossimo paragrafo, sono culminate nel varo del Regolamento UE 2022/2065 (DSA).

6. Il Digital Services Act (DSA)

L’esigenza di contrastare la diffusione di contenuti illeciti su *Internet* – relegata dalla direttiva CE 2000/31 ad interventi meramente reattivi – e, al contempo, di ridurre al minimo la possibilità che ad essere rimossi siano quelli leciti aveva spinto, nel 2015, la Commissione europea a dichiarare il proposito «di presentare nuove misure per contrastare i contenuti illeciti su internet, tenendo debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione, sotto forma, ad esempio, di procedure rigorose di rimozione dei contenuti illeciti avendo cura di non eliminarne anche di leciti e di valutazione dell’opportunità d’imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (dovere di diligenza)»²⁵⁴.

Così, il 27 ottobre 2022 è stato pubblicato in gazzetta ufficiale il Regolamento UE 2022/2065, la cui integrale applicazione è stata tuttavia procrastinata al 17 febbraio 2024²⁵⁵.

In argomento, si segnala anche recentissima proposta di regolamento *omnibus* digitale, presentata dalla Commissione europea il 19 novembre 2025, COM(2025) 837 final. La stessa, tuttavia, non prevedendo modifiche alla disciplina prevista dal citato DSA – quest’ultimo regolamento non appare nemmeno tra gli atti normativi oggetto di emendamento – non sarà oggetto di approfondimento nella presente trattazione.

²⁵⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 2015, p. 13. Sulle diverse iniziative europee nel settore, B. PANATTONI, *Gli effetti dell’automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., pp. 42 ss.

²⁵⁵ Il DSA si affianca all’ulteriore Regolamento UE 2022/1925 (c.d. Regolamento sui mercati digitali o *Digital Market Act*), relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). L’uniformazione della disciplina relativa agli obblighi dei *provider* era stata auspicata, qualche anno prima del varo del DSA, già da B. PANATTONI, *Gli effetti dell’automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., pp. 47 ss.

Sebbene non tutte le disposizioni del DSA risultino di immediata applicazione²⁵⁶, ciò che in questa sede interessa valutare è se siffatta normativa – e, segnatamente, l'imposizione di specifiche sanzioni per il mancato rispetto di obblighi volti a contrastare la diffusione di contenuti illeciti *online* – possa comportare un'esclusione della responsabilità penale dei *providers*. In altri termini, occorrerà valutare se i doveri imposti ai prestatori di servizi digitali dal Regolamento europeo, salvaguardati da specifiche sanzioni pecuniarie, anche di rilevante entità, si affianchino ovvero vadano a sostituirsi ad un eventuale biasimo penale dell'operatore economico, a nostro avviso, come ampiamente osservato, in varia guisa invocabile alla luce della direttiva sul commercio elettronico e, benché in via limitata, del d. lgs. 70/2003.

6.1. *Gli obblighi introdotti dal DSA*

Il Regolamento UE 2022/2065, che si applica ai servizi offerti “a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari” (art. 1, par. 1, Reg. UE 2022/2065), si compone di 5 Capi, rispettivamente dedicati alle “Disposizioni generali” (Capo I); alla (esenzione della) responsabilità dei prestatori dei servizi (Capo II); agli obblighi tesi ad attuare il dovere di diligenza di tali soggetti, diversamente modulati in base alla dimensione e alla tipologia di servizio prestato (Capo III); all'architettura istituzionale di attuazione e controllo dei predetti doveri (Capo IV); alle disposizioni finali (Capo V)²⁵⁷.

Per operare una lettura sistematica del Regolamento – e così comprendere se possano residuare margini di responsabilizzazione penale per i *providers* – riteniamo opportuno prendere le mosse dall'analisi degli obblighi enucleati al Capo III.

²⁵⁶ Sul punto, si condivide quanto precisato da S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 368, nt. 6, secondo la quale «oltre che per l'apparato sanzionatorio, la cui implementazione è affidata agli Stati (art. 52), l'osservazione vale per gli obblighi relativi alle grandi piattaforme digitali, che sono in parte rimessi alla Commissione europea (art. 87)».

²⁵⁷ Per una panoramica generale, S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., pp. 370 ss.

Come detto, il legislatore europeo struttura diversamente i doveri imposti ai prestatori dei servizi digitali in base ora alla specifica attività svolta, ora alla dimensione degli stessi.

i) Comuni a tutti sono gli obblighi: di designazione di un punto di contatto con le autorità degli stati membri, con la Commissione e con il Comitato europeo per i servizi digitali (art. 12); di nomina (facoltativa) di rappresentanti legali per i prestatori di servizi non stabiliti nell'Unione (art. 13); di informazione sulle restrizioni correlate all'uso del servizio, tra le quali si annoverano le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati per la moderazione dei contenuti, "compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami" (art. 14); di pubblicazione della relazione annuale sull'attività di moderazione svolta nel periodo di riferimento, contenente, tra gli altri, il numero di ordini di contrasto ai contenuti illeciti e di trasmissione delle informazioni ricevute dalle autorità degli stati membri, nonché il numero di segnalazioni degli stessi pervenuti da "segnalatori attendibili"²⁵⁸ e da strumenti automatizzati, con gli eventuali rimedi adottati (art. 15)²⁵⁹.

ii) In aggiunta ai predetti doveri, ai prestatori di servizi di memorizzazione di dati (*hosting providers*) e alle piattaforme *online* viene imposto di predisporre meccanismi di segnalazione di contenuti illegali (art. 16) e di notifica alle autorità delle informazioni "che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà

²⁵⁸ Ai sensi dell'art. 22, par. 2, Reg. UE 2022/2065, "la qualifica di «segnalatore attendibile» [...] viene riconosciuta, su richiesta di qualunque ente, dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito il richiedente al richiedente che abbia dimostrato di soddisfare tutte le condizioni seguenti: a) dispone di capacità e competenze particolari ai fini dell'individuazione, dell'identificazione e della notifica di contenuti illegali; b) è indipendente da qualsiasi fornitore di piattaforme *online*; c) svolge le proprie attività al fine di presentare le segnalazioni in modo diligente, accurato e obiettivo".

²⁵⁹ La norma prosegue specificando, "per i prestatori di servizi intermediari, informazioni significative e comprensibili concernenti le attività di moderazione dei contenuti avviate di propria iniziativa dai prestatori, compresi l'utilizzo di strumenti automatizzati, le misure adottate per fornire formazione e assistenza alle persone incaricate della moderazione dei contenuti, il numero e il tipo di misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità delle informazioni fornite dai destinatari del servizio e sulla capacità dei destinatari di fornire informazioni attraverso il servizio, nonché altre restrizioni correlate del servizio; le informazioni comunicate sono classificate in base al tipo di contenuto illegale o di violazione delle condizioni generali del prestatore di servizi, al metodo di rilevamento e al tipo di restrizione applicato"; sempre "per i prestatori di servizi intermediari, il numero di reclami ricevuti tramite i sistemi interni di gestione dei reclami secondo le condizioni generali del prestatore e anche, per i fornitori di piattaforme *online*, conformemente all'articolo 20, la base di tali reclami, le decisioni adottate in relazione a tali reclami, il tempo mediano necessario per adottare tali decisioni e il numero di casi in cui tali decisioni sono state revocate", nonché "qualsiasi uso di strumenti automatizzati ai fini di moderazione dei contenuti, compresi la descrizione qualitativa, la descrizione delle finalità precise, gli indicatori di accuratezza e il possibile tasso di errore degli strumenti automatizzati utilizzati nel perseguimento di tali scopi e le eventuali garanzie applicate".

commesso un reato che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza di una o più persone” (art. 18).

Ai sensi dell’art. 16, i canali di segnalazione dei contenuti illegali devono essere tali da facilitare la comunicazione di informazioni precise e motivate, scoraggiando, mediante una apposita dichiarazione rilasciata dal “segnalatore”, l’invio di notizie infondate, incomplete o inveritiere. A seguito della segnalazione, qualora sia disponibile un contatto del soggetto (fisico o giuridico) che l’ha presentata, il prestatore invia una conferma di avvenuta ricezione e comunica senza ritardo la decisione assunta (anche tramite l’utilizzo di strumenti automatizzati), indicando altresì le modalità di ricorso.

Di primario rilievo è altresì l’obbligo per i *providers* di fornire una chiara motivazione ai destinatari dei servizi interessati in merito alle restrizioni della visibilità dei contenuti, di sospensione o chiusura dell’account, nonché di sospensione o cessazione totale o parziale del servizio derivanti dal caricamento di informazioni illecite o incompatibili con le condizioni di contratto. Agli stessi, devono essere altresì indicati i mezzi di ricorso avverso la decisione, siano essi concernenti meccanismi interni di gestione dei reclami, di risoluzione extragiudiziale delle controversie o di ricorso per via giudiziaria (art. 17).

iii) In aggiunta, i fornitori di piattaforme *online*, ad esclusione delle piccole e medie imprese, sono obbligati ad elaborare sistemi interni di gestione dei reclami (art. 20); a fornire informazioni circa la possibilità di accedere a meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21); a predisporre meccanismi che consentano di dar priorità agli avvisi dei segnalatori attendibili (art. 22); ad adottare misure di sospensione del servizio nei confronti di coloro che, con frequenza, forniscono contenuti manifestamente illegali, nonché di sospensione del trattamento delle segnalazioni e dei reclami di soggetti che ne presentino con frequenza di manifestamente infondati (art. 23); a predisporre ulteriori comunicazioni di trasparenza (art. 24); a non progettare, organizzare o gestire le proprie interfacce in modo da trarre in inganno o manipolare i destinatari del servizio ovvero di compromettere la loro capacità di assumere decisioni libere e informate (art. 25); a strutturare in modo trasparente le pubblicità (art. 26); a specificare, nelle condizioni generali, i principali parametri utilizzati nei sistemi di raccomandazione (art. 27); ad adottare misure idonee a garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori durante l’utilizzo del servizio fornito (art. 28).

iv) Soprassedendo sugli obblighi imposti ai fornitori di piattaforme *online* che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali, di assai modesto rilievo per ciò che ora interessa, il DSA prescrive doveri di organizzazione ulteriori a carico “dei fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici”. Qui, a nostro avviso, risiede la portata maggiormente innovativa della disciplina²⁶⁰.

I fornitori di servizi di grandi dimensioni sono infatti obbligati a valutare e gestire i seguenti rischi definiti come “sistemici”, tra i quali vengono annoverati quelli attinenti:

- a) alla diffusione di contenuti illegali da parte di terzi;
- b) agli “eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l’esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell’articolo 1 della Carta, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell’articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell’articolo 8 della Carta, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, sanciti nell’articolo 11 della Carta, e alla non discriminazione sancito nell’articolo 21 della Carta, al rispetto dei diritti del minore sancito nell’articolo 24 della Carta, così come all’elevata tutela dei consumatori, sancito nell’articolo 38 della Carta”;
- c) agli “eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica”;
- d) a “qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona” (art. 34).

Al par. 2 dell’art. 34, viene inoltre specificato che “nello svolgimento delle valutazioni dei rischi, i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi tengono conto, in particolare, dell’eventualità e del modo in cui i seguenti fattori influenzano uno dei rischi sistemici di cui al paragrafo 1: a) la progettazione dei loro sistemi di raccomandazione e di qualsiasi altro sistema algoritmico pertinente; b) i loro sistemi di moderazione dei contenuti; c) le condizioni generali

²⁶⁰ Il legislatore europeo si pone infatti sulla scia di quanto evidenziato circa 20 orsono da V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 168, la quale valorizzava il ricorso al pluralismo giuridico e al decentramento normativo quali elementi «in grado di ovviare agli effetti negativi che la perdita di autonomia e l’accentuazione della logica meramente funzionale del diritto penale hanno prodotto» (in chiave di riforma, per una maggiore valorizzazione dell’autodisciplina, anche pp. 189 ss.).

applicabili e la loro applicazione; d) i sistemi di selezione e presentazione delle pubblicità; e) le pratiche del fornitore relative ai dati”.

Tra le misure che i *providers* possono assumere, vengono richiamati, per ciò che più interessa, anche “l’adeguamento delle procedure di moderazione dei contenuti, compresa la velocità e la qualità del trattamento delle segnalazioni concernenti tipi specifici di contenuti illegali e, se del caso, la rapida rimozione dei contenuti oggetto della notifica o la disabilitazione dell’accesso agli stessi, in particolare in relazione all’incitamento illegale all’odio e alla violenza *online*, nonché l’adeguamento di tutti i processi decisionali pertinenti e delle risorse dedicate alla moderazione dei contenuti”; “la sperimentazione e l’adeguamento dei loro sistemi algoritmici, compresi i loro sistemi di raccomandazione”; “il rafforzamento dei processi interni, delle risorse, della sperimentazione, della documentazione o della vigilanza sulle loro attività, in particolare per quanto riguarda il rilevamento dei rischi sistemici”; “l’adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori, compresi strumenti di verifica dell’età e di controllo parentale, o strumenti volti ad aiutare i minori a segnalare abusi o ottenere sostegno, a seconda dei casi” (art. 35).

Il Regolamento prosegue enunciando obblighi relativi alla gestione delle situazioni di crisi, considerando tali le circostanze eccezionali che comportino una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell’Unione o in parti significative di essa; alla sottoposizione a revisioni indipendenti; alla gestione di sistemi di raccomandazione; a ulteriori doveri di trasparenza per la pubblicità *online*; all’accesso in favore delle autorità volto a controllare la conformità al Regolamento (agli stessi fini, viene imposta l’istituzione di una funzione indipendente da parte del prestatore); ad obblighi rafforzati di trasparenza e di contribuzione finanziaria per sostenere l’attività di vigilanza europea²⁶¹.

Al seguito di ulteriori prescrizioni relative a codici di condotta e a protocolli volontari di gestione delle crisi, vengono enucleate le sanzioni per le violazioni del Regolamento ed indicati i soggetti competenti ad irrogarle. Fondamentale rilevare come queste, inflitte ora dal coordinatore dei servizi digitali, ora dalla Commissione in relazione ai *provider* di dimensioni molto grandi, possano arrivare fino al 6% del fatturato annuo globale o all’1% per le trasgressioni minori, concernenti, ad es., la violazione di doveri di

²⁶¹ Il riferimento è agli artt. da 36 a 43 del Reg. UE 2022/2065.

comunicazione di informazioni o di inosservanza dell'obbligo di sottoporsi a un'ispezione (art. 52, par. 3, e 74).

6.2. Il rapporto tra i doveri di diligenza (Capo III) e la responsabilità (penale) dei prestatori di servizi intermediari (Capo II)

Non è semplice raccordare siffatte prescrizioni – di matrice, almeno formalmente, amministrativa – con il dettato degli artt. 4 ss. del DSA.

Tale ultimo atto normativo mantiene infatti sostanzialmente inalterata la formulazione del c.d. *safe harbour* di matrice comunitaria, già enucleato agli artt. 12 ss. della direttiva CE 2000/31, ancora in vigore. Identiche sono le cause di esenzione della responsabilità per i prestatori del servizio di semplice trasporto, così come quelle applicabili ai fornitori di servizi di memorizzazione temporanea o di lunga durata di dati.

Per vero, una distinzione tra le due normative potrebbe cogliersi nell'utilizzo del connotato "illegale", riferito all'informazione, da parte del Regolamento UE 2022/2065, in luogo di "illecita", presente nella direttiva comunitaria. Al netto delle problematiche relative alla circoscrizione del significato di tali aggettivazioni, ciò che rileva ai nostri fini è nondimeno che tali comunicazioni assumano penale rilevanza secondo la legge del territorio ove vengono diffuse o trasmesse.

L'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico viene sostanzialmente traslato nell'art. 8 del DSA, impedendo, oggi come allora, l'individuazione di una posizione di garanzia in capo ai *providers* volta a prevenire reati realizzati loro tramite.

L'unica vera apparente innovazione è, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, la specificazione dell'impossibilità di considerare *provider* "attivo" – quindi escluso dai benefici assegnati dalla normativa europea – quello che svolga di propria iniziativa indagini o adotti misure volte ad "individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi". Del tutto condivisibile l'assunto: il *provider diligente*, in quanto tale, non può venire esentato dall'applicazione di una normativa di favore²⁶².

²⁶² Secondo S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 370, la precisazione si deve alla tendenza giurisprudenziale a considerare l'adozione di meccanismi di filtraggio quali "indici di interferenza", ovvero elementi che consentono di negare

Ebbene, si fatica a cogliere il punto di incontro tra le disposizioni previste al Capo III – si badi bene: autonomamente sanzionate – e l’esonero della responsabilità richiamata agli artt. 4 ss. del Regolamento. A nostro avviso, le due ipotesi di responsabilità dovrebbero essere lette in parallelo, senza possibilità di esclusione reciproca. Plurime sono le ragioni a sostegno della soluzione.

i) Le violazioni del Regolamento sanzionate ora dalla Commissione, ora dal coordinatore dei servizi digitali risultano tendenzialmente svincolate dalla commissione di singoli reati. In questo senso, basti osservare che ai principali soggetti su cui ricade l’aspettativa di prevenzione (i *providers* di dimensioni molto grandi) è attribuito l’obbligo di valutare e gestire rischi *sistemici*, non relativi a singole offese.

La questione ricorda la distinzione, già operata in dottrina, tra cautele di primo e secondo livello nella *compliance* 231²⁶³. Ebbene, se già è stato osservato come siffatta differenziazione non possa che essere considerata come *tendenziale*, talvolta sovrapponendosi i protocolli di gestione dei rischi-reato richiamati nei modelli organizzativi (MOG) e quelli di prevenzione del risultato offensivo *hic et nunc* considerato²⁶⁴, essa non può essere, quantomeno in linea di principio, rifiutata: si giustifica infatti alla luce del discrimine tra il dovere di organizzazione preventiva dell’ente e quello dell’“organizzatore” persona fisica.

Ciò che importa al legislatore europeo, anche alla luce dell’impossibilità di imporre doveri di sorveglianza preventiva sui singoli contenuti (art. 8), è che il *provider* adotti strumenti volti a mitigare il rischio di diffusione di informazioni illecite. In quest’ottica, la verifica dell’offesa, che potrebbe porsi alla base della responsabilità penale del prestatore del servizio, non rileva in quanto tale, bensì assume significato poiché segnala il fallimento del piano preventivo. L’eventuale (cor)responsabilità del *provider* per il reato

la natura “passiva” del *provider*. L’assunto, in ogni caso, era già stato elaborato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia sui casi F. Peterson vs. Google LLC *et al.* e Elsevier Inc. vs. Cyando AG del 2021 (cfr. §5.2.2.).

²⁶³ Sulla distinzione tra colpa (individuale) organizzativa, volta alla mancata riduzione di *rischi fattuali* e colpa (collettiva) di organizzazione, diretta al contenimento di *rischi normativi*, tra gli altri, V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell’ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli, p. 41 s.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 368 ss.; F. CURI, *L’imprenditore persona giuridica: il ‘sistema 231’ nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, III ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 194 s.; D. CASTRONUOVO, sub art. 25-septies, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, Wolters Kluwer, Milano, 2024, pp. 665 ss.

²⁶⁴ F. CONSULICH, *Disastri evitabili e forme della colpa nell’organizzazione pubblica*, cit., p. 2730 s.

commesso dall'utente dovrà dunque essere ricercata altrove: segnatamente, nella corretta interpretazione dei più classici istituti di diritto penale (nozione di azione in senso stretto, concorso di persone, causalità, etc.). Tale lettura esclude dunque che i predetti doveri possano assurgere a fondamento di una posizione di garanzia in capo al fornitore.

ii) La previsione di una esenzione della responsabilità fondata sulla pronta rimozione delle informazioni illecite, qualora non fondata su un biasimo geneticamente diverso rispetto a quello della mera violazione del Regolamento, risulterebbe del tutto irragionevole. Se risultasse sufficiente predisporre meccanismi di prevenzione e attenuazione del rischio-reato per non incorrere in responsabilità (anche penale), così come ottemperare all'obbligo dell'autorità di contrastare contenuti illegali (art. 9), sarebbe assai difficile scorgere la ragione alla base del mantenimento di una siffatta disposizione. L'esenzione della responsabilità risiederebbe, naturalmente, nell'adempimento dell'obbligo dell'autorità o nella corretta valutazione e gestione del rischio sistemico, a nulla rilevando l'eventuale mancata consapevole rimozione dell'informazione illecita.

D'altro canto, in assenza di un provvedimento dell'autorità, sarebbe assurdo ritenere sufficiente una mera riorganizzazione dell'apparato preventivo (teso ad evitare che ulteriori reati possano essere commessi) lasciando, al contempo, intatto quello che, ancora in atto, ne ha dimostrato l'inefficienza.

Breve: una volta che il *provider* abbia avuto conoscenza che sui propri server sono stati caricati contenuti illeciti deve rimuoverli, pena, come si vedrà, il suo rimprovero a titolo concorsuale commissivo (al netto delle problematiche afferenti all'individuazione della persona fisica chiamata a risponderne, analizzate nell'ultimo Capitolo).

iii) Da ultimo, mette conto evidenziare che, qualora il legislatore avesse voluto riferire i criteri di esenzione della responsabilità dei *provider* alle sanzioni previste per le violazioni del Regolamento, avrebbe collocato la relativa disciplina in coda alle relative disposizioni, non in testa. Logico è infatti partire dalle previsioni che, se violate, implicano una responsabilità e, solo successivamente, escluderne l'applicabilità: non procedere in senso contrario.

Anche tale argomento depone dunque per una visione della responsabilità penale del *provider*, quanto alla propria "genesì", del tutto svincolata dagli obblighi di diligenza enucleati al Capo III, che, seppur volti a prevenire la commissione di futuri reati o ad

assumere provvedimenti rispetto a quelli in corso, vengono autonomamente puniti con sanzioni pecuniarie, anche di severa entità.

In chiusura, va inoltre evidenziato che il criterio enucleato dal legislatore europeo per definire l'ambito applicativo del DSA, individuato nel luogo di stabilimento dei *destinatari* dei servizi, indipendentemente dalla sede del prestatore (art. 1, par. 1, Reg. UE 2022/2065), consente di aderire, con i dovuti adattamenti, alla tesi dottrinale che ritiene applicabile la giurisdizione italiana alle comunicazioni destinate ad esplicare i propri effetti anche nel territorio dello Stato (in quanto ivi risultano accessibili i relativi contenuti)²⁶⁵.

D'altronde, la tesi risulta in linea sia con l'esigenza di evitare fenomeni di *forum shopping*²⁶⁶, sia con una visione del mantenimento del contenuto in rete quale elemento che aggrava l'offesa al bene giuridico tutelato. Anche dal punto di vista tecnico, il *provider* ben può decidere di limitare la diffusione del contenuto a determinate zone territoriali: segnatamente, a quelle ove il contenuto viene permesso dalla legge.

6.3. *L'abrogazione del d. lgs. 70/2003: cosa cambia per la responsabilità dei providers*

Come più volte anticipato, l'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024, ha provveduto ad abrogare – forse in maniera eccessivamente sbrigativa – gli artt. 14, 15, 16 e 17 del d. lgs. 70/2003.

²⁶⁵ Il riferimento è a L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 1999, p. 331 s., il quale osserva che «la condotta di “messa” e “tenuta a disposizione” in rete dei dati di contenuto illecito può già di per sé integrare il fatto offensivo degli interessi protetti, che si estende tecnologicamente al di là dei confini territoriali del luogo in cui il singolo atto individuale, soggettivamente riguardato, si è prodotto (immissione in rete), nonché del (primo) server o snodo in cui è avvenuta la (prima) registrazione e memorizzazione, per collocarsi oggettivamente nell'ambito dell'intera “comunità” di chi alla rete si collega (o se si vuole nel “Cyberspazio”), stabilendo reali relazioni intersoggettive transfrontaliere». Alla luce di quanto già ampiamente evidenziato in merito alla tipicità delle condotte *communicative*, che postulano l'approdo dell'informazione nella sfera di disponibilità dei destinatari (cfr. Cap. I, § 6), la giurisdizione italiana dovrebbe essere presente, a nostro avviso, esclusivamente per quelle ipotesi in cui sia stato attivato un collegamento all'informazione dall'Italia (al netto chiaramente dei criteri che consentono la giurisdizione italiana per fatti commessi all'estero descritti, in generale, dagli artt. 7 ss. c.p. e, in relazione a specifici illeciti, ad es., dall'art. 604 c.p.). Di diversa opinione è invece S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 579, che, rifiutando una tale estensione del concetto di azione, ritiene, con riguardo ai reati di mera condotta, di poter applicare la legge italiana ai soli fatti realizzati da soggetti operanti in Italia ovvero collegati ad un server presente nel territorio dello Stato.

²⁶⁶ Pone in evidenza la questione, da ultimo, S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 369.

Così, è inevitabilmente venuta meno la disciplina di favore assegnata dal legislatore nazionale, che richiedeva, per poter sanzionare il *provider*, almeno in relazione al servizio di *hosting*, che la conoscenza del contenuto illecito derivasse dalla “comunicazione” da parte dell’autorità.

Come chiarito poc’anzi, il DSA riporta la formulazione della direttiva comunitaria sul commercio elettronico in merito alle condizioni di esclusione della responsabilità dei *providers*²⁶⁷. Ad oggi, dunque, non è necessario che la conoscenza dell’illecito da parte del fornitore del servizio avvenga per via “qualificata”, bensì è sufficiente che essa sia “effettiva”, sebbene pervenuta per altra via (ad es. mediante analisi volontarie o perché segnalata dagli utenti).

Se dunque, sotto questo specifico aspetto, la nuova disciplina – così come ricavata e dall’abrogazione degli artt. 14 ss., e dall’entrata in vigore del DSA – si mostra in linea con quella previgente (dir. CE 2000/31), essa presenta tratti sfavorevoli per i *providers*: questi, una volta avuta conoscenza *effettiva* del contenuto, saranno tenuti a rimuoverli o ad interdirne l’accesso.

Una deroga a siffatta disciplina generale – così come ricostruita in questa sede – pare tuttavia ravvisabile nel settore della tutela del diritto d’autore.

Parimenti a quanto avvenuto a livello interno con il decreto attuativo della direttiva sul commercio elettronico, ove è stato introdotto il requisito della conoscenza “qualificata” del contenuto illecito, mai richiamato nella legislazione comunitaria, nel settore relativo alla tutela del diritto d’autore il legislatore ha recentemente coniato una disciplina che pare porsi in direzione inversa rispetto a quella predisposta dal legislatore unionale.

Non solleva particolari questioni l’introduzione dell’art. 174-*sexies* l. 633 del 1941, il quale prevede per i *provider* un particolare obbligo di denuncia all’autorità giudiziaria o di polizia delle attività illecite, già compiute, in corso o solo tentate, rilevanti ai sensi della stessa legge, dell’art. 615-*ter* c.p. o dell’art. 640-*ter* c.p.²⁶⁸. Benché autonomamente sanzionato (con la pena della reclusione sino ad un anno), tale previsione non

²⁶⁷ Invero, la formulazione dell’art. 6 del DSA parrebbe presentare tratti di diversità anche rispetto all’oggetto della conoscenza effettiva dell’*hosting provider*. Mentre l’art. 14 della direttiva 2000/31 parrebbe riferito all’illiceità del contenuto, l’art. 6 del regolamento UE 2022/2065 sembrerebbe riferirsi direttamente all’informazione. Il primo stabilisce infatti che il prestatore non sarebbe responsabile qualora “non sia effettivamente al corrente del fatto che l’attività o l’informazione è illecita”, il DSA, invece, prevede che tale soggetto non possa essere ritenuto responsabile quando “non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali”. Considerando tuttavia l’invarianza del dettato normativo nelle versioni inglese, francese e tedesca, siffatta peculiarità, nella traduzione italiana, non può che ricondursi ad un difetto di formulazione.

²⁶⁸ Questo il testo della disposizione: “1. I prestatori di servizi di accesso alla rete, i soggetti gestori di motori di ricerca e i fornitori di servizi della società dell’informazione, ivi inclusi i fornitori e gli intermediari di Virtual Private Network (VPN) o comunque di soluzioni tecniche che ostacolano l’identificazione

parrebbe incidere sull'applicabilità della disciplina generale relativa al dovere (e alle conseguenti responsabilità) di rimozione del contenuto illecito: ben potrebbero i due dettami trovare applicazione congiunta, a maggior ragione se si considera l'obbligo di denuncia vige anche con riferimento ad ipotesi di reato già consumate.

Ciò che invece pare stravolgere, nel settore in esame, la disciplina di matrice europea, così come interpretata in questa sede, è l'introduzione, all'art. 2 della l. 93 del 2023 (rubricata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica"), di un meccanismo di segnalazione dei contenuti diffusi abusivamente da parte degli interessati all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), che ne ordina la disabilitazione dell'accesso²⁶⁹. Essendo peraltro autonomamente punito il mancato rispetto di siffatto comando, con sanzione

dell'indirizzo IP di origine, gli operatori di *content delivery network*, i fornitori di servizi di sicurezza internet e di DNS distribuiti, che si pongono tra i visitatori di un sito e gli *hosting provider* che agiscono come *reverse proxy server* per siti *web*, quando vengono a conoscenza che siano in corso o che siano state compiute o tentate condotte penalmente rilevanti ai sensi della presente legge, dell'articolo 615-ter o dell'articolo 640-ter del codice penale, devono segnalare immediatamente all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria tali circostanze, fornendo tutte le informazioni disponibili. 2. I soggetti di cui al comma 1 devono designare e notificare all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni un punto di contatto che consenta loro di comunicare direttamente, per via elettronica, con l'Autorità medesima ai fini dell'esecuzione della presente legge. I soggetti di cui al comma 1 che non sono stabiliti nell'Unione europea e che offrono servizi in Italia devono designare per iscritto, notificando all'Autorità il nome, l'indirizzo postale e l'indirizzo di posta elettronica, una persona fisica o giuridica che funga da rappresentante legale in Italia e consenta di comunicare direttamente, per via elettronica, con l'Autorità medesima ai fini dell'esecuzione della presente legge. 3. Fuori dei casi di concorso nel reato, le omissioni della segnalazione di cui al comma 1 e della comunicazione di cui al comma 2 sono punite con la reclusione fino ad un anno. Si applica l'articolo 24-bis del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231". Per un commento a caldo, G. PEZZANO, A. BUONGIORNO, *Profili di criticità del nuovo art. 174-sexies Legge n. 633/1941 in relazione al D. Lgs. n. 231/2001*, in www.giurisprudenzapenale.com, 4 novembre 2024.

²⁶⁹ Questo il dettato normativo: "1. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, [...] con proprio provvedimento, può ordinare ai prestatori di servizi, compresi i prestatori di accesso alla rete, di disabilitare l'accesso a contenuti diffusi abusivamente mediante il blocco della risoluzione DNS dei nomi di dominio e il blocco dell'instradamento del traffico di rete verso gli indirizzi IP univocamente destinati ad attività illecite. 2. Con il provvedimento di cui al comma 1, l'Autorità ordina anche il blocco di ogni altro futuro nome di dominio, sottodominio, ove tecnicamente possibile, o indirizzo IP, a chiunque riconducibili, comprese le variazioni del nome o della semplice declinazione o estensione (cosiddetto *top level domain*), che consenta l'accesso ai medesimi contenuti diffusi abusivamente e a contenuti della stessa natura. 3. Nei casi di gravità e urgenza, che riguardino la messa a disposizione di contenuti trasmessi in diretta, prime visioni di opere cinematografiche e audiovisive o programmi di intrattenimento, contenuti audiovisivi, anche sportivi, o altre opere dell'ingegno assimilabili, eventi sportivi nonché eventi di interesse sociale o di grande interesse pubblico ai sensi dell'articolo 33, comma 3, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, con provvedimento cautelare adottato con procedimento abbreviato senza contraddittorio, l'Autorità ordina ai prestatori di servizi, compresi i prestatori di servizi di accesso alla rete, di disabilitare l'accesso ai contenuti diffusi abusivamente mediante blocco dei nomi di dominio e degli indirizzi IP ai sensi dei commi 1 e 2 del presente articolo. Il provvedimento è adottato a seguito di istanza presentata ai sensi del comma 4 dal titolare o licenziatario del diritto o dall'associazione di gestione collettiva o di categoria alla quale il titolare o licenziatario del diritto abbia conferito mandato o da un soggetto appartenente alla categoria dei segnalatori attendibili, come definiti dall'articolo 22, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, quali enti che hanno dimostrato, tra l'altro, di disporre di capacità e competenze particolari nella lotta alla diffusione abusiva di contenuti e di svolgere le proprie attività in modo diligente, accurato e obiettivo. Nei casi di cui al primo periodo, qualora sia prevista la trasmissione in diretta, il provvedimento è adottato ed eseguito prima dell'inizio o, al più tardi, nel corso della trasmissione medesima; qualora non si tratti di eventi trasmessi in diretta, il provvedimento è adottato ed eseguito prima dell'inizio della prima trasmissione o, al più tardi, nel corso della medesima. L'Autorità,

amministrativa pecuniaria da 10.000 euro fino al 2 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della contestazione²⁷⁰, si fatica davvero a ritenere ugualmente applicabile la disciplina generale²⁷¹.

con proprio regolamento, in conformità ai principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza, disciplina il procedimento cautelare abbreviato di cui al presente comma, assicurandone la necessaria tempestività e garantendo strumenti effettivi di reclamo al soggetto destinatario del provvedimento. 4. Il titolare o licenziatario del diritto o l'associazione di gestione collettiva o di categoria alla quale il titolare o licenziatario del diritto abbia conferito mandato o un soggetto appartenente alla categoria dei segnalatori attendibili di cui al comma 3, sotto la propria responsabilità, presenta all'Autorità la richiesta di immediato blocco della risoluzione DNS dei nomi di dominio e dell'instradamento del traffico di rete agli indirizzi IP, anche congiuntamente. Il soggetto legittimato ai sensi del primo periodo allega alla richiesta la documentazione necessaria, tra cui l'elenco dei nomi di dominio e degli indirizzi IP attraverso i quali sono resi disponibili i contenuti diffusi abusivamente. Tale elenco può essere aggiornato da parte del titolare dei diritti o dei suoi aventi causa e comunicato direttamente e simultaneamente dall'Autorità ai soggetti destinatari del provvedimento, che devono provvedere tempestivamente alla rimozione o alla disabilitazione, comunque entro il termine massimo di 30 minuti dalla comunicazione. 5. Il provvedimento di disabilitazione di cui al comma 1 è notificato immediatamente dall'Autorità ai prestatori di servizi di accesso alla rete, ai soggetti gestori di motori di ricerca e ai fornitori di servizi della società dell'informazione coinvolti a qualsiasi titolo nell'accessibilità del sito *web* o dei servizi illegali, nonché alla European Union Internet Referral Unit dell'Europol e al soggetto che ha richiesto l'adozione del provvedimento medesimo. I prestatori di servizi di accesso alla rete, i soggetti gestori di motori di ricerca e i fornitori di servizi della società dell'informazione coinvolti a qualsiasi titolo nell'accessibilità del sito *web* o dei servizi illegali eseguono il provvedimento dell'Autorità senza alcun indugio e, comunque, entro il termine massimo di 30 minuti dalla notificazione, disabilitando la risoluzione DNS dei nomi di dominio e l'instradamento del traffico di rete verso gli indirizzi IP indicati nell'elenco di cui al comma 4 o comunque adottando le misure tecnologiche e organizzative necessarie per rendere non fruibili da parte degli utilizzatori finali i contenuti diffusi abusivamente. 6. Nel caso in cui l'indirizzo IP soggetto a blocco della risoluzione DNS dei nomi di dominio o a blocco dell'instradamento del traffico di rete su richiesta dei soggetti legittimati di cui al comma 4 si trovi all'interno dell'Unione europea, l'Autorità può prevedere partenariati con i propri omologhi su base volontaria per contrastare più efficacemente la distribuzione di contenuti diffusi abusivamente nel territorio dell'Unione europea. Nel caso in cui l'indirizzo IP soggetto a blocco della risoluzione DNS dei nomi di dominio e a blocco dell'instradamento del traffico di rete su richiesta dei soggetti legittimati di cui al comma 4 si trovi al di fuori del territorio dell'Unione europea, l'Autorità è tenuta a farlo inserire in tempi ragionevoli nella Counterfeit and Piracy Watch List compilata annualmente dalla Commissione europea. 7. L'Autorità trasmette alla procura della Repubblica presso il tribunale di Roma l'elenco dei provvedimenti di disabilitazione adottati ai sensi del presente articolo, con l'indicazione dei prestatori di servizi e degli altri soggetti a cui tali provvedimenti sono stati notificati. Su richiesta della stessa Autorità, i destinatari dei provvedimenti informano senza indugio la medesima procura della Repubblica di tutte le attività svolte in adempimento dei predetti provvedimenti e comunicano ogni dato o informazione esistente nella loro disponibilità che possa consentire l'identificazione dei fornitori dei contenuti diffusi abusivamente".

²⁷⁰ La norma sanzionatoria è prevista all'art. 5 della l. 93 del 2023: "In caso di inottemperanza agli obblighi prescritti con i provvedimenti di cui all'articolo 2 della presente legge, l'Autorità applica la sanzione di cui all'articolo 1, comma 31, terzo periodo, della legge 31 luglio 1997, n. 249", la quale, a propria volta, indica la sanzione riportata nel testo.

²⁷¹ Diversa appare invece la situazione relativa alla diffusione di materiale pedopornografico, per il quale l'art. 14-ter della l. 269 del 1998 impone di segnalare al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete *Internet* "le imprese o i soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché a comunicare senza indugio al Centro, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti" e l'art. 14-quater obbliga i *providers*, "al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro, [...] ad utilizzare gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche conformi ai requisiti individuati con decreto del Ministro delle comunicazioni, di concerto con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete *Internet*". Tali previsioni, autonomamente sanzionate, non paiono infatti incidere sul dovere di rimozione del contenuto illecito, una volta avutane naturalmente conoscenza. Va dunque condivisa l'opinione di V. TORRE, *Sulla responsabilità*

D'altro canto, risulta assai difficile riuscire ad individuare un punto di raccordo tra il procedimento "interno" di segnalazione (e rimozione) predisposto dall'art. 16 del Regolamento UE 2022/2065 e quello "esterno" previsto dall'art. 2 della l. 93 del 2023. Come non di rado avviene per doveri di *compliance* sottoposti a fonti giuridiche differenziate, ma tutte applicabili, il rischio, più che concreto, è quello di ottenere risultati contrastanti e, ancor peggio, di lasciare l'operatore economico nell'assoluta incertezza rispetto alla necessità di rimuovere o meno un contenuto da egli ritenuto illecito²⁷².

6.4. (segue) *La presunzione di conoscenza enucleata all'art. 16, par. 3, DSA*

Una particolare rilevanza, almeno sotto un duplice aspetto, viene inoltre assunta dall'introduzione di una *presunzione di conoscenza effettiva* a seguito di segnalazione di un contenuto che non richieda, per l'analisi della propria illiceità, un esame giuridico dettagliato (art. 16, par. 3, reg. UE 2022/2065).

Siffatta disposizione prevede infatti che: "Si considera che le segnalazioni di cui al presente articolo permettono di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini dell'articolo 6 in relazione alle specifiche informazioni in questione qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato".

i) La prima conseguenza è evidente: il legislatore, con l'introduzione di tale previsione, testualmente parifica la conoscenza effettiva richiesta dall'art. 6 a quella *ipotetica* di un prestatore diligente. In altri termini, al ricorrere di una segnalazione, ricevuta attraverso gli specifici canali che il DSA richiede di adottare, di un contenuto che un *provider* diligente considererebbe illecito senza un esame giuridico dettagliato, se ne

penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia, cit., p. 174, la quale precisa che l'art. 14-*quater* segna il confine del rischio consentito per il *provider*, passibile, qualora non ottemperi ai propri doveri, di rimprovero (in concorso con l'utente) ai sensi degli artt. 600-*ter*, commi 3 e 4, e 600-*quater* c.p.

²⁷² Diversa, invece, ci pare la situazione in merito alla diffusione di contenuti di carattere terroristico. Benché infatti sia previsto lo specifico obbligo – peraltro sanzionato con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da 100.000 a 400.000 euro dall'art. 7 comma 2, lett. c, d. lgs. 107 del 2023 – di segnalazione di siffatte informazioni illecite all'autorità, che potrebbe successivamente impartire all'*hosting provider* l'ordine di rimozione o di impedimento dell'accesso: (i) tale obbligo di comunicazione interverrebbe esclusivamente con riguardo a contenuti che rappresentino una minaccia imminente per la vita (art. 14, par. 5, reg. UE 2021/784); (ii) esso non parrebbe precludere la necessità di provvedere, in generale, ad una immediata rimozione in quanto proprio il reg. UE 2021/784, che lo introduce, fa salva l'applicazione della dir. CE 2000/31 (art. 1, par. 5, reg. UE 2021/784), oggi confluita, per la parte d'interesse, nel DSA.

dovrebbe presumere la conoscenza effettiva. Così – questa, almeno, pare la *ratio* della norma – il fornitore del servizio potrebbe essere rimproverato qualora non agisca immediatamente per rimuovere il contenuto o per disabilitarne l'accesso.

In proposito, è stato osservato, tra i primi commentatori, «che l'assetto normativo definito dal DSA apre alla possibilità di configurare una responsabilità di tipo strutturalmente colposo in capo al fornitore di servizi di memorizzazione che ometta di eliminare i contenuti illeciti segnalati dall'utente»²⁷³.

La soluzione, a nostro avviso, si scontra tuttavia con un implicito dato di fondo: i reati relativi ai contenuti, di cui si sta approfondendo l'analisi, sono pressoché tutti dolosi. La punibilità a titolo di dolo per un illecito colposo dovrebbe dunque essere espressa, non ricavata implicitamente da una disposizione che riduce l'ambito applicativo di una norma di favore.

In altri termini, escludendo l'applicabilità del c.d. *safe harbour* europeo, l'art. 16, par. 3, DSA non farebbe altro che invocare l'applicazione dei principi generali per valutare la possibile responsabilizzazione dell'ISP; ma una tale forma di rimprovero dovrebbe essere sorretta dall'elemento soggettivo (doloso) richiesto dalle fattispecie applicabili. Solamente una apposita disposizione normativa *parificante* la *conoscibilità* di un contenuto con la sua *effettiva conoscenza* potrebbe consentire di assegnare una responsabilità penale al prestatore del servizio. A questi fini, non basterebbe certo escludere uno dei presupposti richiesti da una causa di esclusione del tipo (nello specifico, enucleata all'art. 6 DSA).

Tali argomentazioni consentono dunque di asserire che la natura della responsabilità a cui si riferisce (pur implicitamente) il legislatore mediante l'introduzione dell'art. 16, par. 3, DSA è esclusivamente quella civile. Quest'ultima disposizione farebbe infatti il pari con la precisazione secondo cui “per quanto attiene a domande risarcitorie, [l'*hosting provider* non dovrebbe essere] consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti” (art. 6, par. 1, lett. a DSA). Quanto alla censura penale, è viceversa ancora necessario che il *provider* sia venuto a conoscenza che sul proprio server sia stato caricato un contenuto illecito. Ragionare diversamente, significherebbe, in presenza di colpa, considerare il dolo *in re ipsa*²⁷⁴.

²⁷³ S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 374.

²⁷⁴ D'obbligo, in argomento, il richiamo a F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960.

ii) Un secondo assunto ricavabile dalla formulazione della disposizione e, insieme, dal mancato richiamo al secondo paragrafo dell'art. 15 dir. CE 2000/31 concerne l'impossibilità di considerare ancora valida la lettura che richiede, ai fini della responsabilizzazione penale del *provider*, che l'illiceità del contenuto sia evidente.

Anche volendo considerare l'art. 16, par. 3, DSA rilevante esclusivamente ai fini civilistici, non parrebbe infatti potersi ricavare alcun dato normativo che consenta di richiedere un siffatto grado di evidenza dell'antigiuridicità del contenuto. Anzi, proprio la presunzione di conoscibilità introdotta dal DSA parrebbe estendere la responsabilità a tutti i contenuti illeciti, evidenti o meno.

Tornano così ad invadere il campo le preoccupazioni di un c.d. *chilling effect*, ovvero della censura automatica delle informazioni quando vi sia un dubbio circa la loro illiceità: circostanza che non può che coinvolgere il libero esercizio di diritti fondamentali degli utenti realizzabili *online* (primo fra tutti, la libertà di espressione).

Si rammenta, d'altro canto, che la stessa Commissione aveva evidenziato siffatta preoccupazione nella propria comunicazione sulla "Strategia per il mercato unico digitale in Europa". In quello stesso documento era stato infatti evidenziato che «attualmente la disattivazione dell'accesso a contenuti illeciti e la rimozione di questi da parte dei prestatori di servizi di hosting può rivelarsi un processo lungo e complicato, con il rischio che siano rimossi per errore anche contenuti che sono invece leciti»²⁷⁵. E ancora, come già osservato, «la Commissione vaglierà la necessità di presentare nuove misure per contrastare i contenuti illeciti su internet, tenendo debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione, sotto forma, ad esempio, di procedure rigorose di rimozione dei contenuti illeciti avendo cura di non eliminarne anche di leciti e di valutazione dell'opportunità d'imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (dovere di diligenza)»²⁷⁶.

Ebbene, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco – tra gli altri, quelli di espressione e di manifestazione del pensiero, da un lato, e quelli salvaguardati dalle fattispecie incriminatrici di cui si discute, dall'altro lato – il legislatore europeo pare aver preferito questi ultimi.

²⁷⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 2015, p. 13.

²⁷⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni, Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 2015, p. 13.

A nostro parere, la soluzione risulterebbe però più positiva di quanto potrebbe a prima vista apparire. Si deve infatti ricordare che il DSA prescrive di adottare meccanismi di ricorso, anche molto celeri, per la revisione della decisione di rimozione del contenuto (obbligo peraltro sanzionato incisivamente). Così, mentre l'utente che si vede illegittimamente privato della propria possibilità di comunicazione potrebbe accedere a rimedi effettivi, la persona offesa da un illecito realizzato *online* correrebbe il serio rischio, proporzionale al tempo che intercorre tra il caricamento dell'informazione e la sua rimozione, di vederla proliferare nei più svariati e paralleli canali di comunicazione. D'altro canto, mentre è probabile che la persona offesa non venga a conoscenza – almeno in breve tempo – della realizzazione dell'illecito, il DSA impone di dar notizia e motivazione ai soggetti interessati (primo fra tutti, al soggetto che abbia caricato il contenuto) degli eventuali provvedimenti assunti (art. 17).

Se proprio si deve prendere posizione sulla scelta operata dal legislatore, dunque, non si può che ritenere il meccanismo predisposto dal DSA in linea con il carattere pervasivo e – come dimostrato in precedenza – criminogeno di *Internet*.

7. Sinossi e prosieguo dell'indagine

Lungo il percorso intrapreso nel presente Capitolo si è dato conto delle posizioni dottrinali antecedenti e successive al varo del d. lgs. 70/2003, le quali, in varia guisa, hanno escluso che ai *providers*, salvi alcuni rari ed eccezionali casi²⁷⁷, possa essere mosso un biasimo penale nell'ambito dell'esercizio delle proprie attività²⁷⁸.

Di seguito, sono stati approfonditi gli orientamenti, tendenzialmente di favore, della giurisprudenza nazionale e quelli, tesi a riequilibrare il bilanciamento dei beni in gioco, del diritto vivente sovranazionale²⁷⁹.

Sono state poi analizzate le innovazioni recate dal regolamento UE 2022/2065, talvolta ridimensionandone l'impatto in ambito penalistico²⁸⁰.

²⁷⁷ Si pensi, ad esempio, al *provider* che sottoponga a vaglio preventivo i contenuti creati dagli utenti o ai veri e propri casi di *content provider*.

²⁷⁸ Cfr. § 2, 2.1., 2.2., 2.2.1., 2.2.2., 2.2.3., 2.3., 2.4., 4, 4.1., 4.2., 4.3.

²⁷⁹ Cfr. § 5, 5.1., 5.1.1., 5.1.2., 5.1.3., 5.2., 5.2.1., 5.2.2.

²⁸⁰ Cfr. § 6, 6.1., 6.2., 6.4.

Con riguardo alla disciplina antecedente al DSA, è stato condiviso l'assunto dottrinale volto a subordinare un eventuale obbligo di rimozione dell'*hosting provider* alla notifica dell'autorità, benché rimodulato e riferito alla sola "comunicazione" dell'illecito (non all'ordine di rimozione o oscuramento). È sulla struttura della responsabilità conseguente alla mancata rimozione che, viceversa, si è registrata la maggiore distanza con le opinioni tradizionali. A nostro avviso, il *provider* che non rimuova un contenuto illecito di cui è venuto a conoscenza dovrebbe rispondere di concorso commissivo nel reato dell'utente; e ciò non solo in quanto il mantenimento sul proprio server contribuisce ad approfondire l'offesa al bene giuridico tutelato, a maggior ragione se amplificata dall'utilizzo di bot o di meccanismi di diffusione automatizzati, ma anche poiché ne consente l'ulteriore ripubblicazione. Siffatto approdo, per il momento solo abbozzato, risulterà più chiaro a seguito dell'approfondimento della distinzione tra azione ed omissione, oggetto del prossimo Capitolo.

D'altro canto, la valorizzazione della comunicazione dell'autorità quale condizione per l'attivarsi del *provider* ha fatto venir meno il pericolo che questi si facesse vero e proprio "decisore di liceità" sui contenuti apprestati da terzi. In tal guisa, è risultato superfluo il ricorso ad acrobazie ermeneutiche sul dettato della direttiva CE 2000/31 (sul commercio elettronico) per escludere il rimprovero del prestatore nei casi di mancata reazione a contenuti la cui illiceità non si fosse mostrata come immediatamente percepibile²⁸¹.

L'entrata in vigore del regolamento UE 2022/2065 e, corrispondentemente, l'abrogazione degli artt. 14 ss. del d. lgs. 70/2003 hanno dato nuova linfa al dibattito. Rifiutando interpretazioni deputate ad introdurre presunzioni di conoscenza dell'illecito a seguito di segnalazioni di terzi, si è osservato come, da un lato, il DSA consenta di ritornare (com'era sotto la vigenza della direttiva CE 2000/31) ad un obbligo di rimozione non subordinato ad una conoscenza "qualificata" dell'informazione, e, dall'altro lato, assicuri un riequilibrio degli interessi in gioco mediante l'obbligo, debitamente sanzionato, di predisporre canali di reclamo attraverso i quali il privato possa far celermente valere le proprie ragioni (ed ottenere così il ripristino della visibilità del contenuto). Allo stesso tempo, tale ultimo rimedio parrebbe riuscire a ridimensionare i risvolti negativi che discenderebbero dall'ampliamento della responsabilità dei *provider* anche alle *content-related offences* la cui contrarietà all'ordinamento non risulti immediatamente percepibile.

²⁸¹ Cfr. § 3.1.4.

Naturalmente, siffatto Regolamento non risolve le incertezze concernenti la conformazione del rimprovero invocabile a seguito della mancata censura dell'informazione vietata, né l'eventuale non sanzionabilità correlata alla già avvenuta consumazione del reato, che ridurrebbe l'omissione del prestatore ad un mero *post factum* non punibile (quando non autonomamente sanzionato). Ora come allora, tali questioni dovranno dunque essere risolte in via interpretativa: è questo, d'altronde, lo scopo dei prossimi due capitoli. Il primo sarà dedicato all'approfondimento dei criteri che regolano la distinzione tra azione e omissione, la cui applicazione si rivela imprescindibile per definire il modello di ascrizione della responsabilità del *provider*; il secondo a quelli tesi a determinare il momento consumativo dell'illecito cibernetico.

CAPITOLO III

LA QUALIFICAZIONE ATTIVA O PASSIVA DEL CONTRIBUTO DEL *PROVIDER* ALLA REALIZZAZIONE DELL'ILLECITO ALTRUI

Sommario: 1. Premessa: la duplice lettura della condotta del *provider*. – 2. Attivo o omissivo? Le ragioni a sostegno di una chiara distinzione tra azione e omissione. – 3. (*segue*) Le aporie create dalla sovrapposizione tra azione e omissione. Un esempio emblematico: la pronuncia della Court of Appeal (Criminal Division) for England and Wales sul caso Broughton. – 4. La nozione pre-normativa di azione penalmente rilevante. – 4.1. Le funzioni della nozione pre-normativa di azione. – 4.2. Le teorie naturalistiche dell'azione. – 4.3. Le teorie finalistiche dell'azione. – 4.4. Le teorie sociali dell'azione. – 4.5. Azione e omissione sono *species* di un medesimo *genus* o entità opposte? – 5. I criteri differenziali tra azione e omissione. – 5.1. La teoria naturalistica degli elementi antitetici: l'omissione come *nihil*. – 5.2. La teoria dell'*aliud agere*. – 5.3. Le teorie normative dell'omissione. – 5.4. Le teorie causali. – 5.4.1. Il recupero della componente normativa della condotta. – 5.4.2. La coesistenza di profili attivi e omissivi. – 5.5. La tesi "organizzativa". – 6. L'adattamento del criterio in ambito "relazionale". – 6.1. Causalità e relazionalità. – 6.2. L'interruzione del salvataggio: il caso Airedale NHS Trust vs. Bland. – 7. (*segue*) I risvolti della tesi causale sulla qualificazione del contributo del *provider*. – 8. Concorso di persone ed attività neutrali: le ricadute della natura lecita del servizio sulla responsabilità del fornitore. – 8.1. La messa a disposizione *ex ante* del servizio. – 8.2. La mancata rimozione del contenuto illecito (o il suo impedimento dell'accesso).

1. Premessa: la duplice lettura della condotta del provider

L'analisi della disciplina, nazionale ed europea, tesa a regolamentare la responsabilità dei *providers* (o le condizioni della sua esclusione) ha comportato la negazione della possibilità di ravvisare in capo a tali soggetti una vera e propria posizione di garanzia: e ciò sia *ex ante*, sia *ex post* rispetto al perfezionamento dei reati realizzati dagli utenti.

Al di là dei problemi di fattibilità tecnica, un *dovere generalizzato di prevenzione degli illeciti online* risulterebbe in aperto contrasto con l'art. 15 della direttiva CE 2000/31, recepito dall'art. 17 del d. lgs. 70/2003 ed oggi confluito nell'art. 8 del regolamento UE 2022/2065, il quale fa espresso divieto di imporre ai prestatori di servizi digitali obblighi di sorveglianza sulle informazioni che questi trasmettono o memorizzano. Rimanendo all'innovazione maggiormente significativa, vero è che il DSA ha imposto ai *providers* di dimensioni molto grandi *doveri di valutazione e gestione del rischio-reato*. Vero è anche, però, che tali previsioni non potrebbero assumere, almeno ad avviso di chi scrive, il rango di norme istitutive di una posizione di garanzia. Esse, oltre ad accompagnarsi ad una specifica norma-sanzione, si riferiscono a rischi “sistemici” (ovvero normativi), e impongono dunque l'adozione di cautele di secondo livello, non orientante (almeno tendenzialmente) a prevenire *rischi ontologici*.

D'altro canto, non meno agevole è individuare una norma fondativa del *dovere di impedimento della diffusione dell'illecito*. Le leggi settoriali prevedono talvolta specifiche sanzioni per il mancato rispetto di ordini di rimozione impartiti dall'autorità. Inoltre, dalla disciplina generale – si badi bene: di *esclusione* della responsabilità dei *providers* – non è possibile ricavare, a contrario, un dovere di oscuramento fondato sull'avvenuta conoscenza dell'informazione illecita.

Logica la conseguenza del ragionamento: inquadrando ora il difetto di prevenzione di reati, ora la mancata rimozione o impedimento dell'accesso ad un contenuto illecito quali condotte *omissive* destinate a concretizzare un *dovere giuridico di impedire l'evento* (*rectius*, il reato) o la sua protrazione, non sarebbe possibile ricavare una responsabilità concorsuale del prestatore.

Ad opposti risultati si dovrebbe invece pervenire – al netto delle problematiche, di seguito approfondite, relative alla liceità dell'attività del *provider* e all'elemento soggettivo a questi facente capo – qualora tali condotte (si badi bene: naturalisticamente identiche) fossero lette in termini commissivi. A nulla rileverebbe la carenza di un obbligo giuridico di impedimento del reato o della sua protrazione: tali contegni ne avrebbero incontrovertibilmente agevolato la commissione o la diffusione.

Ebbene, la chiave di volta per il rimprovero del *provider* risiede nella qualificazione della sua condotta: nella scelta di (tentare di) responsabilizzarlo per *non aver prevenuto la*

commissione del reato/per non aver rimosso l'informazione illecita (omissione) ovvero per *averne rispettivamente consentito il caricamento/la successiva diffusione* (azione).

Per risolvere il quesito, occorre prendere le mosse da qualche considerazione generale in merito alla rilevanza della distinzione tra azione e omissione, per poi concentrare l'attenzione sui criteri distintivi che la dovrebbero governare.

2. Attivo o omissivo? Le ragioni a sostegno di una chiara distinzione tra azione e omissione

Innanzitutto un fenomeno ontologicamente identico, propendere per la valorizzazione della componente attiva o omissiva della condotta (a ben vedere sempre presenti) ha ricadute determinanti sulla responsabilità penale. E ciò non solo qualora, come nel caso di specie, il soggetto attivo sia sprovvisto di una posizione di garanzia, bensì anche nel caso in cui ne sia gravato.

Considerare omissivo ciò che è commissivo assegna indebiti benefici al soggetto attivo del reato: oltre ad escludere la responsabilità in difetto di una posizione di garanzia, una tale impostazione confonde il (tendenzialmente più grave) disvalore dell'azione con il (tendenzialmente più lieve) disvalore dell'omissione: elemento pure testimoniato dall'art. 13 comma 2, StGB, che prevede, a certe condizioni, un'attenuazione di pena in relazione alle ipotesi omissive¹. Inoltre, essa nega il rimprovero nei casi in cui non si riesca a provare oltre ogni ragionevole dubbio che la tenuta della condotta doverosa avrebbe evitato l'offesa al bene giuridico; e ciò quand'anche le *chances* di salvezza si attestino al di sopra del 50%.

La questione concernente la definizione della portata salvifica del comportamento alternativo lecito si pone frequentemente nelle ipotesi colpose: segnatamente, nell'ambito della distinzione tra causalità

¹ Non ha dubbi sul punto C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 824. Nel medesimo senso, nella dottrina anglosassone, M. HONORÉ, *'Are Omissions Less Culpable?'*, in *Essays for Patrick Atiyah*, edited by P. Cane and J. Stapleton, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1991, p. 31; A. ASHWORTH, *Positive Obligations in the Criminal Law*, Hart, Oxford, 2013, p. 31; A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 132. *Contra*, limitandosi ai contributi in lingua inglese: M. DSOUZA, *Against the act/omission distinction*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2022, 73, pp. 103 ss.; J. GLOVER, *Causing Death and Saving Lives*, Penguin Books, London, 1977, ch 7; K. AMBOS, *Omissions*, in *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Anglo-German Dialogues*, edit by K. Ambos (general editor), A. Duff, J. Roberts, T. Weigend, A. Heinze (assistant editor), Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 19 s.

omissiva (ipotetica) e causalità della colpa. Benché si fatichi a ravvisare un'uniformità di vedute sul punto², si ritiene di dover far propria la tesi che ritiene giustificato un differente parametro per l'accertamento di queste due entità: *più probabile che non* per la causalità della colpa e *oltre ogni ragionevole dubbio* per la causalità della condotta. La ragione risiede nella diversa genesi e struttura, rispettivamente, del potere impeditivo dell'evento e delle regole cautelari. Nel primo caso, infatti, l'equiparazione tra il fare e l'omettere enucleata all'art. 40 cpv. implica l'utilizzo delle sole leggi scientifiche di spiegazione causale³; nel secondo, viene ammesso il ricorso a paradigmi esperienziali, per loro natura inidonei, salvo eccezioni, a garantire uno standard probatorio confinante con la certezza⁴. Inoltre, se «ogni azione implica un rischio, [...] se ne deve fare questione, al più, di *quantum*»⁵ e se tale *quantum* (il rischio consentito) emerge dal raffronto dell'attività con una determinata regola cautelare, non potrebbe che confermarsi l'intrinseca diversità dei piani di giudizio⁶.

² Escludono una differenziazione di accertamento tra causalità della condotta e della colpa, richiedendo un livello di probabilità logica contiguo al 100%, tra gli altri, L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1066 ss.; C. PIERGALLINI, *Fatto tipico colposo*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2024, p. 305 s., il quale eccettua però la vigenza dell'assunto qualora a venire in rilievo siano regole cautelari improprie. Rifiuta una biforcazione dei giudizi anche K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 151, la quale ritiene, all'opposto, che «a fronte della certezza della efficacia causale della condotta inosservante, diventa [...] difficile ipotizzare l'eventualità che il medesimo evento si potesse verificare anche in sua assenza». Ritengono bastevole un aumento del rischio anche di modesto significato per la prova della causalità della colpa, invece, A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 144 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 659 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, II ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 380 ss. Riconduce il parametro della «riduzione significativa delle chances di impedimento dell'evento» ad elemento fondativo della prova anche della causalità ipotetica (che al contempo nega e riconnette al concetto di *imputazione dell'evento rilevante*), F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1682 ss.

³ Così, M.F. CARRIERO, *Causalità e imputazione. Le leggi scientifiche tra metodo e dogmi*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 379, che segnala come «soprattutto tale equiparazione ci induce, infatti, sostenere che, diversamente dai doveri di diligenza, quelli di garanzia non si accontentano, sul piano della loro genesi, di generiche leggi ad aspirazione causale, fondate su massime d'esperienza e quindi su regolarità non necessariamente nomologiche, essendo al contrario per queste necessario richiamare leggi a fondamento causale».

⁴ Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 284, il quale osserva che «lo statuto di validità ed efficacia delle regole cautelari non è quello delle norme giuridiche, ma risponde unicamente a un criterio "funzionale": quello della prevenzione di effetti indesiderati o collaterali rispetto allo svolgimento di determinate attività intrinsecamente od occasionalmente rischiose. Difatti, le regole cautelari non hanno una natura necessariamente "giuridica", ma si fondano solitamente sul paradigma etiologico o nomologico: hanno, dunque, lo stesso statuto delle leggi scientifiche; oppure si fondano sull'esperienza, sull'*id quod plerumque accidit*, o comunque su regolarità non necessariamente nomologiche (paradigma esperienziale)».

⁵ F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 1102.

⁶ In merito al giudizio di evitabilità nella genesi della regola cautelare, segnala come «l'efficacia del comportamento dovuto non è mai diretto all'azzeramento del rischio, bensì per l'appunto al suo contenimento» R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale, Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 92. Sul punto, F. CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., pp. 1115, segnala che «vi sono però cautele e cautele. Non ogni norma avente finalità cautelare può dare luogo ad un rischio consentito, ma solo una regola modale e ad efficacia preventiva relativa. È, invece, incompatibile logicamente con 1) quelle che azzerano completamente ogni possibile pericolo e 2) quelle disposizioni che impongono l'astensione *tout court* dal comportamento pericoloso». In proposito, altresì, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Cedam, Padova, 1993, pp. 195 ss. In merito alla distinzione tra regole cautelari

D'altronde, la necessità che il comportamento alternativo lecito si attesti oltre la soglia del *più probabile che non* si ricava, *de lege lata*, dal legame di derivazione “causale” che l'art. 43 c.p. richiede tra colpa ed evento⁷. «Una soluzione di questo tipo – si osserva altresì in dottrina, naturalmente in relazione alle ipotesi commissive – è molto più rigorosa di quella che la nostra dottrina tradizionale esige, e si armonizza bene anche con le regole cautelari improprie, cioè con le cautele che non mirano ad eliminare del tutto il rischio, ma solo a ridurlo (rimanendo una quota di rischio “consentito” ineliminabile), sì che il comportamento alternativo lecito non potrebbe consistere necessariamente (secondo la *ratio* cautelare) in una certezza di escludere l'evento, perché non si ipotizza affatto un obbligo (o un onere) di azzerare il rischio di esso»⁸.

Riassumendo, definire una nitida linea di demarcazione tra azione e omissione consente di:

i) limitare il rimprovero omissivo ai soli soggetti effettivamente destinatari di una posizione di garanzia;

ii) non confondere il diverso disvalore che caratterizza le condotte attive e quelle omissive⁹;

iii) inserirsi correttamente nel dibattito sui parametri che regolano l'accertamento della causalità omissiva e della causalità della colpa. Detto altrimenti: ciò permetterebbe di non escludere la responsabilità di soggetti che, pur gravati da una posizione di garanzia, abbiano *naturalisticamente* cagionato l'evento, ma del cui comportamento alternativo lecito non si riesca a provare l'efficacia salvifica oltre ogni ragionevole dubbio.

3. (segue) *Le aporie create dalla sovrapposizione tra azione e omissione. Un esempio emblematico: la pronuncia della Court of Appeal (Criminal Division) for England and Wales sul caso Broughton*

proprie e improprie P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003, *passim*.

⁷ Così, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 117 ss. La soluzione è adottata anche da M.F. CARRIERO, *Causalità e imputazione*, cit., pp. 372 ss.

⁸ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 123.

⁹ Lungi dal possedere una valenza meramente diagnostica, il rilievo potrebbe avere concrete ricadute nell'analisi del reato quale equazione tra disvalore sociale dell'illecito (composto da disvalore di evento, di condotta, di intenzione e di personalità) e disvalore individuale della pena (cfr. C.E. PALIERO, *Struttura e funzione della fattispecie penale*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 65 ss.).

Molti potrebbero essere gli esempi a sostegno della tesi poc'anzi enunciata, necessaria a giustificare una chiara distinzione tra azione e omissione, che si riverbera, nel settore in esame, sulla soluzione circa la possibile responsabilizzazione penale del *provider*. Tra i tanti, il caso Broughton, giudicato nel 2020 dalla *Court of Appeal (Criminal Division) for England and Wales*¹⁰, ci pare uno di quelli maggiormente significativi; e ciò in ragione, prima di tutto, delle indiscusse evidenze scientifiche a supporto dell'approdo raggiunto dalla Corte, assai difficili da rinvenire nel contesto oggetto del presente studio¹¹.

I fatti sottoposti all'attenzione della Corte sono oltremodo semplici e lineari: il 10 settembre 2017, Louella Fletcher Michie ricevette dall'ex compagno, Ceon Broughton, una dose di sostanza stupefacente denominata 2C-P, i cui effetti erano stati amplificati mediante l'aggiunta, sempre da parte di quest'ultimo, di ecstasy o chetamina. Le sostanze vennero assunte da Louella il pomeriggio dello stesso giorno, in un bosco poco distante dal festival in cui questa si trovava con il fidanzato, e, di lì a poco, ne rimase vittima.

In primo grado, Ceon Broughton venne condannato per omicidio colposo in quanto, avendo ceduto la sostanza stupefacente ed essendo rimasto con Louella sino al momento della sua morte, intervenuta nelle prime ore del mattino seguente, sarebbe divenuto garante dell'incolumità della fidanzata. Il rimprovero mosso all'imputato – di matrice evidentemente omissiva – trae le proprie fondamenta dalla teoria della precedente attività pericolosa, idonea a dar luogo, almeno dal caso Regina vs. Evans (Gemma) in avanti¹², ad una posizione di garanzia sul soggetto che ne abbia dato origine.

L'interesse per il caso in esame è dunque suscitato dal fatto che l'accusa nei confronti dell'imputato non si limiti alla valorizzazione della condotta commissiva (cessione di sostanza stupefacente), bensì aggiunga a questa una condotta omissiva, assorbente la prima: non aver garantito assistenza medica alla vittima – ridotta, nella sostanza, alla chiamata dei soccorsi – nel momento in cui si sarebbe manifestato il rischio per la vita della fidanzata.

La riconoscibilità di tale rischio sarebbe stata evidente e facilmente ricavabile almeno dall'ultimo dei filmati rinvenuti sul telefono dell'imputato, inizialmente deputati a registrare l'evoluzione dello stato di incoscienza di Louella.

¹⁰ Cfr. Court of Appeal for England and Wales, Criminal division, 18 agosto 2020, n. 1093.

¹¹ Si pensi, ad es., alla difficoltà di comprendere con quale grado di probabilità la rimozione in tempi ragionevoli di un contenuto illecito avrebbe impedito la successiva diffusione dello stesso, altresì riconducibile ad eventuali ri-pubblicazioni e nuovi caricamenti dell'informazione da parte di terzi.

¹² Il riferimento è a Court of Appeal for England and Wales, Criminal division, 24 febbraio 2009, n. 650, anch'essa riguardante un caso di cessione di sostanza stupefacente.

Il processo si sviluppa quindi attorno ad un unico quesito: dal momento in cui è risultato evidente il rischio di lesione all'interesse tutelato, un immediato intervento dei soccorsi avrebbe potuto escludere con probabilità confinante con la certezza la morte di Lourella?

Le testimonianze peritali conclusero che nella fase antecedente a quella in cui in rischio divenne riconoscibile tale certezza si sarebbe potuta avere: con probabilità vicine a 1 Lourella, se fosse stata sottoposta a cure idonee, si sarebbe salvata. Da siffatto momento in poi, corrispondente al video in cui la persona offesa si mostrò agonizzante (l'ultimo, in ordine di tempo), si sarebbero avute il 90% di possibilità di salvezza, naturalmente in decremento con il passare delle ore.

La Corte edifica le proprie motivazioni a partire da un assunto di fondo: la causalità omissiva, da provare alla stregua dell'oltre ogni ragionevole dubbio, va accertata nel momento in cui si manifesta il rischio per l'interesse giudico tutelato (nel caso di specie la vita).

«Per stabilire la colpevolezza dell'appellante, l'accusa avrebbe dovuto convincere oltre ogni ragionevole dubbio la giuria che, nel momento in cui le condizioni di Lourella erano tali da presentare un rischio serio e manifesto di morte, l'appellante fu gravemente negligente nel non ottenere assistenza medica e che tale assistenza le avrebbe salvato la vita. Il fatto che stesse avendo un "bad trip", o che fosse arrivato il momento in cui era necessario l'aiuto medico, non è sufficiente. In un caso di questo tipo, come nei casi medici che coinvolgono sanitari, è necessario focalizzarsi chiaramente su quando le condizioni del defunto abbiano raggiunto la soglia di rischio serio e manifesto di morte, su cosa l'imputato avrebbe dovuto fare in quel momento e sulle prospettive di sopravvivenza in quel preciso istante»¹³.

Ebbene, nel caso in esame, a partire da siffatto momento, quand'anche i soccorsi fossero intervenuti tempestivamente, non si sarebbe potuta escludere una seria possibilità di morte di Lourella (corrispondente al 10%). Ciò spinge i giudici a riformare la sentenza di primo grado e ad assolvere l'imputato.

«A nostro avviso, questo è uno di quei rari casi (come lo fu Morby) in cui la testimonianza degli esperti era tutto ciò che la giuria aveva disposizione per rispondere alla questione sulla causalità. Tale testimonianza esperta non era in grado di stabilire la causalità secondo lo standard penale. L'argomentazione finale dell'avvocato Darlow secondo cui alle 21.10 Louella fu privata del 90% di possibilità di sopravvivenza

¹³ Court of Appeal for England and Wales, Criminal division, 18 agosto 2020, n. 1093.

rifletteva accuratamente la testimonianza del Professor Deakin ma, per le ragioni che abbiamo spiegato, ciò non è sufficiente. Detto in altri termini, se un'operazione comportasse un rischio personale di mortalità del 10%, sia il paziente che i medici potrebbero affermare con fiducia che le possibilità di sopravvivenza erano molto alte o molto buone (per usare due espressioni utilizzate dal Professore) ma nessuno potrebbe esserne certo»¹⁴.

Almeno tre sono gli elementi sui quali occorre soffermare l'attenzione.

i) È da escludere l'accoglimento, nel nostro ordinamento, della *Ingerenz-theorie*, del tutto compatibile con l'argomentazione elaborata dalla pronuncia. Benché questa trovi sempre maggior avallo nella giurisprudenza nazionale (la ragione è evidente: in tal guisa, è possibile costruire doveri di impedimento dell'evento in totale difetto di un qualsivoglia appiglio normativo)¹⁵, essa porta a confondere l'azione (in senso stretto) con l'omissione, così sfasando i parametri di giudizio di *evitabilità* afferenti a *causalità ipotetica (della condotta omissiva)* e *causalità della colpa*¹⁶.

ii) La pronuncia fornisce un chiaro esempio della situazione di favore in cui versa un soggetto che abbia naturalisticamente agito, ma il cui rimprovero si basi sulla condotta *omissivo-negativa*: cioè volta a sventare la possibile concretizzazione del pericolo da egli stesso in precedenza creato.

Nel caso di specie, è incontrovertibile che la causa naturalistica della morte sia da individuare nella cessione della sostanza stupefacente, i cui effetti erano stati peraltro volutamente amplificati da parte dell'imputato. Al contempo, però, l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito (beninteso, riferito alla neutralizzazione degli effetti provocati dall'azione, dovendosi altrimenti ravvisare nel semplice "non agire"), pur potendo raggiungere il coefficiente richiesto dalla *causalità della colpa (più probabile che non)*, non riesce a ad accedere a quello della *causalità ipotetica (oltre ogni ragionevole dubbio)*.

Il risultato è evidente: la costruzione del rimprovero in forma attiva consente di addivenire ad una condanna del tutto compatibile con i canoni costituzionali che regolano la materia penale (almeno nel nostro ordinamento); la sua conformazione omissiva (*rectius*, la focalizzazione sulla condotta *reattiva omessa*) impone di assolvere. E alle medesime

¹⁴ Court of Appeal for England and Wales, Criminal division, 18 agosto 2020, n. 1093.

¹⁵ La considerazione evidenzia il contrasto con il principio di legalità, nel suo specifico corollario di riserva di legge.

¹⁶ Sulla teoria, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, M.F. CARRIERO, *L'Ingerenz-theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, pp. 957 ss.

conclusioni, si badi bene, si dovrebbe pervenire anche nel caso in cui il soggetto che abbia introdotto il fattore etiologico successivamente materializzatosi nell'evento risulti gravato da una posizione di garanzia, anche di protezione. Il dovere di impedire l'evento amplia l'area del penalmente rilevante, non la limita. Ma soprattutto: non è dalla sua sussistenza che dipende la qualificazione di una condotta come attiva o omissiva. La posizione di garanzia segue la conformazione (omissiva) della condotta, non ne rappresenta la causa.

iii) A ben vedere, è invece apprezzabile lo sforzo riposto dalla Corte nell'individuazione del momento di manifestazione del rischio specifico poi concretizzatosi nel risultato offensivo.

Lo si deve riconoscere: il rifiuto della *Ingerenz-theorie*, in uno con la valorizzazione della antecedente condotta illecita *commissiva*, comporta il serio rischio di far vagare ineludibilmente l'interprete nel mare degli accertamenti valutativi considerabili sempre sussistenti oppure, in qualche modo, sempre escludibili.

Sviluppiamo il ragionamento rimanendo, per semplicità, fedeli all'imputazione omicidiaria. Qualificare l'ipotesi in esame come attiva significa:

a) escludere la rilevanza delle condotte successive dell'agente volte a privare di significato l'introduzione del fattore etiologico materializzatosi nell'evento (naturalmente, quando tale risultato non venga raggiunto);

b) richiedere la prova del legame causale (reale) intercorrente tra azione ed evento;

c) accertare la "colposità" della condotta e dell'evento¹⁷.

Ma ciò non basta. Per rimproverare correttamente il soggetto agente si dovrà altresì dimostrare:

d) la corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello concretizzatosi nei risultati lesivi (il c.d. nesso di rischio)¹⁸. E se questo è l'unico criterio che, a nostro avviso, riesce a riequilibrare il disvalore di evento con quello di azione¹⁹, è evidente come esso si esponga al pericolo di venire travolto da logiche ancorate ora al senno di poi, ora eccessivamente rigorose.

Ciò che si fatica ad afferrare quando si rifiuta l'ingresso nel nostro ordinamento della *Ingerenz-theorie* – e, lo si ribadisce, vi sono assai buoni argomenti per farlo – è che essa, se

¹⁷ Per tutti, D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, a cura di M. DONINI, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 213.

¹⁸ Cfr. Cap. I, §10.2. ss.

¹⁹ Cfr. Cap. I, §10.3.

ben compresa, esclude per definizione il pericolo di fondare il giudizio di corrispondenza tra rischio illecito attivato e quello manifestatosi nell'evento lesivo su logiche precauzionali o retrospettive. In altri termini: quando si qualifica la condotta come omissiva e, al contempo, si sostiene che il dovere di intervento salvifico possa decorrere solo dal momento in cui diviene manifesto il rischio (specifico) di lesione al bene giuridico tutelato (nella sentenza qualificato addirittura come "serio" e "ovvio"), si esclude a monte che il soggetto attivo possa essere rimproverato per aver attivato, con una propria *azione*, un rischio diverso rispetto a quello tradottosi in offesa.

Viceversa, qualora si riponga attenzione alla condotta attiva, risulta assai facile ripiegare su giudizi di rischio o eccessivamente "colpevolisti", fondati sul senno di poi (che ne ricavano la corrispondenza proprio a partire dalla realizzazione dell'offesa), o eccessivamente "garantisti", invocanti la riconducibilità del rischio attivato a *Tatbestände* diversi rispetto a quelli definitivamente integrati.

Esemplificando, in relazione alla prima ipotesi (quella afferente a ragionamenti fondati sul *senno di poi*), si potrebbe osservare che quello attivato dalla cessione di sostanza stupefacente sarebbe un rischio di omicidio in quanto, in definitiva, è proprio alla lesione del bene vita che si è pervenuti. Parimenti, nella materia oggetto del presente studio, ciò equivarrebbe a sostenere che la diffusione data ad informazioni illecite caricate su portali solo raramente visitati, sebbene dovuta a circostanze imprevedibili, dimostri la corrispondenza tra il rischio attivato e quello realizzatosi nell'offesa.

In relazione alla seconda (quella tesa a restringere i margini di responsabilità), si potrebbe argomentare che la cessione di una sostanza stupefacente rappresenterebbe al più un rischio di lesioni, non di omicidio; e a favore di ciò potrebbero giovare correlazioni statistiche tra condotta ed evento quantomai remote e, conseguentemente, favorevoli all'imputato. L'argomentazione corrisponderebbe, in ambito "digitale", a quella volta ad escludere la responsabilità di un soggetto, reso edotto in via informale dei presupposti della propria imminente notorietà, per la successiva ampia diffusione dei contenuti illeciti da questi veicolati in ragione dell'asserito affidamento riposto (quanto alla proliferazione dell'informazione) al modesto numero di visualizzazioni delle informazioni pubblicate in precedenza.

D'altro canto, quanto detto verrebbe ad amplificarsi nei casi in cui si assista ad un ampio diaframma temporale tra l'azione ed il verificarsi del risultato lesivo. Concentrando

l'attenzione su esempi afferenti a settori ove la problematica è stata maggiormente approfondita, l'amministratore di una società che, durante i primi anni della propria attività, inquina solo di qualche punto oltre soglia il terreno di un sito ancora non industrializzato di certo contribuisce alla successiva verifica del disastro ambientale, ma è assai discutibile che si possa affermare la concordanza tra il rischio da egli attivato e quello realizzatosi nel macroevento.

Pur comprendendo l'impossibilità di definire una netta linea di confine del rischio di volta in volta rilevante – sarebbe assurdo, d'altra parte, tentare di tracciarla –, a noi pare, come già ampiamente evidenziato, che le problematiche richiamate possano essere grandemente attenuate, se non risolte, mediante il ricorso ad una nozione di rischio elaborata *ex ante*²⁰. In tal guisa, il pericolo di ripiegare, in chiave estensiva, su paradigmi ispirati alla logica del *post hoc, ergo propter hoc* verrebbe sventato sul nascere, così come, in chiave restrittiva, la correlazione statistica tra condotta ed evento potrebbe essere arginata dalla selezione delle sole condizioni conosciute o conoscibili *ex ante*, eventualmente integrate dalle conoscenze superiori dell'agente.

Così ragionando, si dovrebbe affermare che il rischio attivato da Ceon Broughton si sarebbe successivamente concretizzato nell'evento lesivo: la dose ceduta a Lourella, peraltro aumentata nei propri effetti, era indubbiamente tale da poterne cagionare il decesso. Parimenti, nel presente settore di ricerca, il soggetto che abbia appreso le circostanze della propria improvvisa notorietà non potrebbe trincerarsi dietro la loro mancata "ufficialità", ovvero fondare le proprie difese sul modesto numero di visualizzazioni ottenute in precedenza. La virale circolazione del contenuto illecito era da questi del tutto prevedibile al momento del caricamento: tale rischio era insito nella propria azione.

Per converso, dovrebbe essere negato – soprattutto in assenza di dati ulteriori: ad esempio concernenti la consapevolezza di un piano di industrializzazione nella zona – che l'amministratore della società in carica agli inizi dell'attività possa dirsi responsabile per la verifica del disastro, intervenuto anni dopo. Il rischio attivato è differente rispetto a quello successivamente realizzatosi nell'evento disastroso.

D'altro canto, qualora si versi in una situazione concorsuale, specialmente *diacronica*, le argomentazioni qui richiamate – fondate sulla specifica attenzione al rischio

²⁰ Cfr. Cap. I, §10.4. ss.

realizzatosi nei risultati offensivi – ben potrebbero essere utilizzate per sostenere una responsabilizzazione a diverso titolo dei concorrenti nel reato²¹.

4. La nozione pre-normativa di azione penalmente rilevante

Chiarita l'importanza di una rigida compartimentazione tra condotte attive e omissive, è ora tempo di approfondirne il criterio distintivo. Invero, sebbene sia proprio questo l'elemento che affastella le questioni dogmatiche ulteriormente emergenti nell'analisi del reato, esso pare faticare ad incontrare approdi condivisi. Si vaga infatti tra concezioni “iper-normativizzanti” dell'omissione – che di fatto la sovrappongono (o, ancor peggio, la fanno conseguire) all'obbligo giuridico di impedire l'evento – e teorie, tradizionali negli ordinamenti di *common law*, che tentano di ricavarne i tratti essenziali sul piano naturalistico: come *non facere*.

Lo si anticipa: è dall'unione di queste diverse impostazioni che si tenterà di ricavare un criterio differenziale valido per la definizione dell'azione e dell'omissione (beninteso, quali elementi costitutivi del reato). Per raggiungere tale risultato, riteniamo però imprescindibile prendere le mosse da un breve *excursus* delle impostazioni che hanno storicamente tentato di enucleare un concetto pre-normativo di azione (in senso lato). E ciò, è evidente, non per cercare di risolvere una questione al confine tra dogmatica penalistica e filosofia del diritto – ad essa verrà riservato solamente qualche cenno – bensì per mostrare come tali disquisizioni assumano un peso fondamentale, ai nostri fini, per rendere imprescindibile il ricorso a criteri normativi nella valutazione commissiva o omissiva della condotta, benché a suggello di una rinnovata e disincantata concezione naturalistica di condotta.

Solo per questa via sarà possibile comprendere sino in fondo le ragioni a sostegno della soluzione anticipata nel precedente Capitolo: il *provider* che non rimuova il contenuto

²¹ In argomento, di recente, A. MORELLI, *Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022*, in *Arch. pen.*, 25 gennaio 2023 e, anche in commento a Cass. pen., Sez. Un., 14 dicembre 2023, n. 27727, G.P. DEMURO, *Il difficile cammino verso la differenziazione dei titoli di responsabilità tra i concorrenti*, in *Giur. it.*, 2024, 12, pp. 2672 ss.; G. GRASSO, *Responsabilità dei concorrenti a titolo differenziato e l'uovo di Colombo del principio di specialità: tra dogmi antichi e nuove prospettive*, in *Sistema Penale*, 2025, 1, pp. 15 ss.

illecito caricato da terzi dal proprio server o dalla propria piattaforma risponde, secondo il modello commissivo, *per averne dato ulteriore diffusione, non per non averla impedita*.

Ormai più di 50 anni fa, veniva autorevolmente osservato come «la ricerca del ‘giusto’ concetto unitario di azione abbia fatto maturare un’opinata e feconda svolta sistematica, che ha trasformato le tradizionali antinomie strutturali di quel concetto (‘fare’ ‘omettere’ ‘dolo’ e ‘colpa’) in altrettanti punti di forza per la comprensione delle peculiarità del diritto positivo: l’esigenza di una “costruzione separata” delle tipologie delittuose risultanti dall’intreccio di quei connotati (‘fatto commissivo doloso’, ‘fatto commissivo colposo’, ‘fatto omissivo doloso’, ‘fatto omissivo colposo’) si è infatti imposta dapprima in modo sotterraneo, nell’analisi e nell’esposizione sistematica degli stessi principali fautori del concetto “unitario” di azione, ed è poi affiorata alla riflessione teoretica come il più importante risultato di una nuova e più generale “idea sistematica”»²².

Ebbene, il nostro obiettivo è quello di valutare come siffatte teorie, nelle loro diverse declinazioni, non abbiano fatto altro che dimostrare come i concetti di azione e omissione non siano pensabili se non correlati al *Tatbestand*. Ciò, evidentemente, non esclude la possibilità di coniare un concetto pre-normativo di azione (in senso lato), in chiave ora positiva (ovvero definendone il contenuto), ora negativa (cioè escludendo ciò che non dovrebbe esservi ricompreso). Delle nozioni di azione e di omissione, nonché del relativo criterio distintivo, si potrà però iniziare a trattare solamente dal capitolo della tipicità.

4.1. *Le funzioni della nozione pre-normativa di azione*

Un concetto pre-giuridico di azione dovrebbe poter ottemperare ad almeno quattro funzioni:

- i) *funzione dogmatico-applicativa*;
- ii) *funzione classificatoria*;
- iii) *funzione di raccordo*;
- iv) *funzione limitativa o negativa*²³.

²² G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’*. *Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 186 s.

²³ Non opera esplicito richiamo alla funzione di raccordo F. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 122. In merito alle funzioni dell’azione, anche G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’*. *Critica di un dogma*, cit., p. 3; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 138 s.

i) La funzione *dogmatico-applicativa* dovrebbe consentire di individuare, nell'universo dei movimenti corporei dell'uomo, la singola condotta astrattamente suscettibile di assumere rilevanza penale.

ii) Quella *classificatoria* dovrebbe permettere il raggruppamento dei comportamenti attivi, omissivi, dolosi e colposi.

iii) La funzione *di raccordo*, a cui si accompagna la *neutralità* del concetto di azione²⁴, ne designerebbe la struttura portante del sistema penale. In tal guisa, l'azione dovrebbe fungere da presupposto per la successiva assegnazione dei connotati propri dei concetti di fatto, antigiuridicità e colpevolezza. Al contempo, però, essa non dovrebbe rivelarsi esangue, priva di contenuto e, così, inidonea a costituire la base per i successivi livelli di valutazione.

iv) La funzione *limitativa o negativa* dovrebbe consentire di tagliar fuori le condotte senza dubbio insuscettibili di assumere rilevanza penale.

È naturale che l'ammissibilità di una o più delle funzioni del concetto di azione (in senso lato) dipendano dai tratti che a questa si vogliano attribuire.

L'opinione più convincente ci pare quella che ravvisa nel concetto unitario di azione un «comportamento umano (*actus humanus*, non semplicemente *actus omnis*)» dominato o dominabile dalla volontà. «Solo quando sia presente questa signoria della volontà (effettiva o potenziale) del soggetto sulla (o in relazione alla) situazione concreta, il fatto dell'uomo si distingue dal mondo dei semplici accadimenti naturali e diviene oggetto plausibile delle pretese valutative delle norme giuridico-penali». Proprio in ciò risiederebbe «lo "specifico" umano, come esternazione o obiettivazione della persona»²⁵.

Così ragionando, mentre potrebbero essere ammesse la funzione *classificatoria*, *di raccordo*, *limitativa o negativa*, andrebbe esclusa quella *dogmatico-applicativa*, protesa a *ritagliare* i singoli comportamenti idonei ad assumere rilevanza penale. «Poiché si tratta in pratica di accertare se la fattispecie incriminatrice sia integrata» e, in caso positivo, di

²⁴ Chiaramente, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, München, 2020, p. 338. Per alcuni riferimenti in merito al concetto di neutralità, nella dottrina nazionale, G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 49, nt. 128.

²⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, cit., pp. 391, cui si rimanda anche per la relativa letteratura. La concezione, d'altro canto, parrebbe vicina alla nozione di azione come "manifestazione della personalità" (umana) sostenuta da C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 355 ss.

accertare quante volte lo sia stata «il problema non può essere risolto se non riferendosi allo specifico modello di condotta descritto dalla fattispecie»²⁶.

La *funzione classificatoria* verrebbe infatti assicurata dalla ricomprensione sotto un unico ombrello del modello doloso, colposo, attivo e omissivo. Quanto a queste due ultime modalità di estrinsecazione del reato (che fanno spesso propendere per l'irriducibilità ad *unicum* del concetto di azione), sarebbe l'imprescindibile componente naturalistica a dover essere valorizzata. Ad uno stadio pre-normativo (cioè non connotato dal confronto con una norma), le due condotte – attiva e omissiva – si rivelano assolutamente indistinguibili²⁷.

Nulla quaestio anche sulla *funzione di raccordo*: un concetto di azione così definito risulterebbe tutt'altro che neutro, nonché base per i successivi apprezzamenti. Come si vedrà, una concezione del reato omissivo che escluda la rilevanza del relativo substrato naturalistico si rivelerebbe non solo insufficiente rispetto alla propria pretesa funzione euristica, bensì anche foriera di fraintendimenti. Il rischio più evidente sarebbe quello di profilare un'omissione basandola (esclusivamente) su un obbligo di impedimento dell'evento²⁸.

Ancor meno questioni potrebbero porsi sulla valenza *limitativa o negativa* del concetto unitario di azione. Basti qui ricordare che una nozione così costruita escluderebbe tutte quelle azioni non “umane”, ovvero non governate da volontà, effettiva o potenziale.

Una conferma di siffatta impostazione potrebbe essere tratta, sul piano normativo, dall'art. 42 c.p.²⁹. Benché mediante una formulazione ridondante (non vi può esser volontà senza coscienza), attraverso tale disposizione il legislatore avrebbe positivizzato il grado minimo di “umanità” che una condotta dovrebbe possedere per poter assurgere ad oggetto di rimprovero penale³⁰.

²⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 139.

²⁷ Di diverso avviso, invece, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 138, il quale ritiene più opportuno parlare di funzione “categoriale”, rappresentando una nozione di azione in senso lato al più il mero predicato di azione ed omissione. Analogamente, F. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 124 s., il quale ritiene però inutile, ai fini manualistici e didattici, una quadripartizione dell'analisi del reato (reato commissivo doloso, commissivo colposo, omissivo doloso e omissivo colposo).

²⁸ I risultati negativi dell'approdo sono stati posti in evidenza *supra*, ai § 1 e 2.

²⁹ Con la consueta pragmaticità, rifiuta di soffermarsi sull'elaborazione di una nozione unitaria di azione per concentrarsi sul dato normativo M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 217.

³⁰ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, cit., p. 391, precisa altresì che «il concetto superiore unitario di azione risulta così da un'integrazione-superamento del concetto classico con una dimensione esterna, obiettiva e in questo senso sociale [...]: una definizione di esso come concetto penale-costituzionale di azione è in grado di segnalarne ad un tempo l'aspetto positivo-normativo, non ontologico, e la rispondenza al “quadro dell'uomo” voluto dalla nostra Costituzione (soprattutto art. 2, 25, 27)».

D'altra parte, si sottolinea opportunamente, «in alcuni casi coscienza e volontà dell'azione o omissione corrispondono ad un dato psicologico effettivo [...]. Vi sono, però, condotte che si collocano al di sotto della zona lucida della coscienza: non sono sorrette da coscienza e volontà effettive, ma sarebbe irragionevole considerarle sempre penalmente irrilevanti». Così, si precisa: «in questi casi siamo in presenza di coscienza e volontà potenziali, che rilevano nei reati di natura colposa. È ciò che, in particolare, accade negli atti abituali [...] e negli atti automatici». Infine, «vi possono [...] essere atti per i quali non è possibile ravvisare alcuna coscienza e volontà perché, anche mediante uno sforzo del volere, il soggetto non avrebbe potuto impedire l'azione o l'omissione: si pensi agli atti istintivi [...] o a quelli riflessi»³¹.

4.2. *Le teorie naturalistiche dell'azione*

Il richiamato art. 42 c.p. fa proprio il concetto “classico” di azione, tradizionalmente risalente a Beling e a Liszt³². Nell'opinione del primo, «l'accadimento, al quale noi vogliamo collegare l'accertamento che esiste un reato – cioè l'azione “in genere” –, deve cadere in una fetta di vita, nella quale l'uomo era signore del suo corpo. Tutte le altre fette di vita (stato di sonno, etc.) non ci offrono un collegamento adatto, e si devono perciò escludere a priori»³³. Così, valorizzando la *retribuzione* quale “essenza della pena”, in quanto tale necessariamente compensata da una decisione volontaria dell'uomo, Beling arrivò ad identificare la signoria dell'uomo sulla “fetta di vita” assunta ad oggetto dell'azione nella «realizzazione della volontà»³⁴. Breve: «azione è un movimento del corpo, o l'assenza di un movimento del corpo, sorretta genericamente da volontà»³⁵.

³¹ M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, cit., p. 217 s. Sul concetto di *suitas* anche F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2024, pp. 211 ss.

³² Così, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, cit., p. 388 s. Per una approfondita disamina delle relative posizioni, per tutti, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 340 ss. In Italia, sulle concezioni naturalistiche dell'azione, anche F. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 122; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 230; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 286; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 206; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 137.

³³ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Verlag Von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, p. 18, così ripresa da G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*. *Critica di un dogma*, cit., p. 50.

³⁴ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 16, a propria volta riportata da G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*. *Critica di un dogma*, cit., p. 53.

³⁵ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 14, altresì in G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*. *Critica di un dogma*, cit., p. 53. La soluzione corrisponde a quella coniata da Liszt, il quale, accortosi precedentemente che una concezione di azione come «causazione di un cambiamento nel mondo esterno riconducibile alla volontà umana» era difficilmente coniugabile con le ipotesi omissive, la integrò nel senso anzidetto (cfr. C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 340).

Più avanti ci si soffermerà sull'impossibilità di considerare l'omissione come "assenza di un movimento del corpo": d'altro canto, per questa via avrebbe ragione chi considera «vano identificare nella condotta un concetto di genere suscettibile di comprendere (come ipotesi "speciali") tanto l'azione quanto l'omissione»³⁶. Per ora, basti rilevare come siffatta impostazione sia stata fortemente criticata nella propria accezione "positiva", ovvero volta a *definire* il contenuto dell'azione penalmente rilevante.

In particolare, si è osservato che mentre si sarebbe dovuta accogliere la funzione "negativa" del concetto di azione, tesa cioè ad evitare che condotte che definiremmo "inumane" possano assumere penale rilevanza, Beling avrebbe errato nel pretendere di coniare un concetto generale di azione, ricomprendente, ma senza anticiparli, i connotati generali dei fatti assumibili a reato. E, anzi, egli si sarebbe scontrato con la propria corretta intuizione secondo la quale «un concetto generale di azione *non* può "definire" o "anticipare" (tanto o poco, non importa!) le "centinaia" di "contenuti" ("interni" ed "esterni") inclusi nelle svariate figure di reato, perché si tratta di contenuti diversissimi, che possono essere "accennati", "al più presto", esaminando *singolarmente* le centinaia di figure di reato comprese nel mutevolissimo catalogo della parte speciale»³⁷.

A conclusioni ancor più estreme arrivò, invero a seguito di un processo di evoluzione scientifica, anche Radbruch³⁸. Quest'ultimo, infatti, non solo assunse il *Tatbestand* a concetto fondamentale della teoria del reato, ma, parallelamente, rifiutò qualsivoglia funzione (anche negativa) del concetto di azione, concepibile esclusivamente in termini naturalistici³⁹. Proprio per questo, d'altronde, venne criticato⁴⁰.

³⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 138. Sull'impossibilità di ricondurre un'affermazione e la sua negazione ad un concetto comune, però, già G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, J. Guttentag, Berlin, 1903, p. 141 s.

³⁷ G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 53 s.

³⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., pp. 56 ss., il quale, in commento all'opinione del "primo" Radbruch, ancorato alla volontà di individuare in una nozione generale di azione la pietra angolare del modello, fa riferimento al «sistema Liszt-Beling-Radbruch» quale ricaduta della "materializzazione del fantasma del concetto di azione" enucleata da Beling e Radbruch sulla figura naturalistica lisztiana. Tra i naturalisti, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 340, ricomprendono Mezger, Baumann, Weber, Mitsch, Eisele, Frister e Luzón Peña.

³⁹ In argomento, G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., pp. 58 ss.

⁴⁰ Ampiamente, G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., pp. 59 ss.

4.3. Le teorie finalistiche dell'azione

Non si accontentano invece della definizione di azione *esangue* coniata dai naturalisti i “finalisti”: corrente di pensiero che vede in Welzel il proprio principale autore (e fondatore).

A parere di quest'ultimo, l'elemento connotante l'azione – nonché la peculiarità in grado di renderla più ricca di contenuto – dovrebbe essere individuato nel concetto, altrettanto ontologico, di *finalità*: «*Finalität ist ein ebenso ontologischer Begriff wie die Kausalität*»⁴¹.

L'uomo, in quanto tale, attraverso l'utilizzo della anticipazione mentale, alla quale il concetto di finalità in senso Welzeliano si collega, avrebbe modo di orientare il proprio agire⁴². Siffatta “anticipazione mentale” consterebbe di tre elementi: (i) lo scopo preso di mira dall'agente; (ii) i mezzi da impiegare per il raggiungimento dello scopo; (iii) le conseguenze accessorie dipendenti dall'impiego dei mezzi. E proprio grazie a siffatta rappresentazione cognitiva – connaturata dunque alla *finalità* – l'uomo potrebbe dirigere e orientare i propri atti verso un obiettivo. In altri termini, proprio in essa risiederebbe la distinzione rispetto alla “volontà” ricompresa nel modello belinghiano.

Evidente allora come siffatta impostazione, per come rappresentata, fatichi a mostrare la propria compatibilità con l'intrinseca *involontarietà* (per lo meno delle conseguenze dell'azione) del modello colposo⁴³. Per rispondere alle obiezioni, Welzel ricondusse l'ipotesi colposa alla nozione di condotta “non attualmente finale”, che si

⁴¹ H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, J.C.B. <MohrPaul Siebeck>, Tübingen, 1949, p. 7. Sulla teoria, in Italia, tra gli altri, M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano, 1950; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955; P.L. ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1969; AA. VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007. Nella manualistica, F. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 123; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 230 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 286 ss.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 206; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 137 s.; M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, cit., p. 216.

⁴² Pongono in luce le somiglianze con la posizione Hegeliana C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 342.

⁴³ Sottolineano l'incompatibilità anche con il reato omissivo, ove non vi sarebbe un dominio del decorso causale e, quindi, una volontà C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 343. Sull'affermazione si potrebbe però discutere, almeno nella misura in cui anche le omissioni vengono considerate “dolose” e “causali”.

distinguerebbe da un mero processo di causazione naturalistico in quanto evitabile attraverso l'impiego – e qui sta il discrimine con i naturalisti – di volontà *finalizzata*⁴⁴.

Ora, se effettivamente questa precisazione potrebbe, almeno in astratto, far luce sulla necessaria presenza (astratta o potenziale) dell'elemento "orientativo" (verso uno scopo) della condotta – ed è innegabile che sia proprio tale elemento a connotare l'*actus humanus* –, di particolare interesse, ai nostri fini, sono soprattutto le obiezioni tese a lumeggiare, nella volontà welzeliana, elementi normativi. È infatti incontrovertibile che se si esce dal piano ontologico e si pretende di rinvenire il dolo nel fatto (umano) si perviene a confondere il carattere normativo dell'azione con quello pre-giuridico: stadio al quale la nozione di cui si discute dovrebbe arrestarsi.

Non è nostra intenzione valutare se Welzel avesse effettivamente deciso di orientarsi verso questa direzione. Innegabile è però che, «“anticipando” e lavorando con il concetto di dolo, non si riesce in alcun modo, per il suo tramite, ad inserire “il contenuto della volontà (o della ‘finalità’)” in un concetto *generale* di azione, perché il dolo ha come “contenuto” solo gli “*specifici contenuti*” offertigli, di volta in volta, dalle singole figure legali di reato doloso. Il “contenuto della volontà” lo si può pertanto accertare, *al più presto*, quando si passa ad esaminare *ogni* singola e *specifica* figura di reato doloso: conseguentemente, prima di esaminare il variabilissimo profilo oggettivo di quelle svariate figure *non* è assolutamente possibile delineare un concetto (di azione, in ipotesi) “*riempito del contenuto della volontà* (o della “finalità”))»⁴⁵. Ma ciò, lo si ribadisce, sempreché si faccia coincidere il concetto pre-normativo (o ontologico) dell'intenzione con quello di dolo, il quale implica inevitabilmente, nella definizione del suo contenuto, il riferimento al *Tatbestand*: quindi a valutazioni normative.

⁴⁴ «Gerade die finale Handlungslehre wird nicht müde zu betonen, daß die fahrlässige Handlung nicht zielgerichtet, nicht aktuell final ist, sondern daß sie nur ein Verursachungsvorgang ist, der sich dadurch vom bloßen Naturgeschehen unterscheidet, daß er durch den potentiellen Einsatz der Finalität zweckmäßig vermeidbar war» (così, H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, cit., p. 17). Alla luce di tale precisazione pare d'altronde difficile comprendere il sovente sbarramento di fuoco che la nostra manualistica riserva alla teoria. Per un verso, infatti, si riconosce che la volontà richiesta dall'art. 42 c.p. ben potrebbe essere potenziale, non potendo altrimenti ricomprendere in tale nozione i comportamenti automatici, istintivi, etc. e, per altro verso, si nega fermamente che un siffatto carattere “non attuale” possa essere riservato alla volontà “orientata”, in senso welzeliano. Dal punto di vista meramente ontologico, però, non è forse vero che il richiamo, ad es., di comportamenti automatici, in quanto umani, potrebbero trovare il proprio referente in qualche finalità (giuridicamente rilevante o meno)? Il concetto di *volontà* non può essere considerato in astratto: si lega inevitabilmente ad uno scopo (lecito o illecito, biasimevole o lodevole, etc.). Ritengono invece il concetto di finalità logicamente incompatibile con il proprio eventuale carattere “potenziale”, in quanto o la finalità sarebbe effettiva, o non sarebbe finalità C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 343.

⁴⁵ G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’*. *Critica di un dogma*, cit., p. 75.

4.4. Le teorie sociali dell'azione

Base comune a tutte le teorie sociali dell'azione è il rifiuto dell'assunzione di "significato" del comportamento "relazionale", ovvero volto ad incidere sul proprio ambiente sociale, *esclusivamente* a partire dalla volontà di chi vi abbia dato causa. «Non vi è nulla di più assurdo, ridicolo e sciocco del fatto che chi abbia cagionato ad altri un fastidio, un disagio o qualche cosa di peggio, se ne venga fuori (spesso addirittura in buona fede) con la ben nota spiegazione: "sì, ma io (naturalmente) non intendevo questo!"», osserva Schmidt, il fondatore della teoria sociale. «Questo esempio banale, è tuttavia istruttivo: ciò che noi dobbiamo ritenere come 'azione' riceve il suo significato determinante – proprio per ogni tipo di valutazione giuridica – dal fatto che si deve 'intendere' in senso sociale-obiettivo», «secondo le concezioni, le esperienze e le consuetudini della vita sociale». «A questa visione nessuno può sottrarsi, se non vuole porsi al di fuori della comunità sociale»⁴⁶.

Inevitabile, tuttavia, che il tentativo di riempire l'azione di significato (sociale) finisca per sfociare in valutazioni giuridiche che, invece, si vorrebbero prevenire⁴⁷. Osserva, in Italia, uno dei più importanti Autori che ha avversato la possibilità di ricavare un concetto unitario di azione: «per Eb. Schmidt, la visione "sociale-obiettiva" dell'azione discenderebbe infatti da un "punto di partenza assiomatico"; e a un "assioma" – il "concetto" di norma giuridica – si rifanno espressamente anche Engisch e Maihofer; per Bockelmann poi, "il concetto di azione *si deve* orientare secondo il significato che si attribuisce alla condotta umana della vita sociale"; analogamente, per Würtenberger "l'azione (...) *deve* essere valutata (...) quale avvenimento nel mondo esterno"»⁴⁸. Quando però si inserisce al centro della valutazione dell'azione il suo significato "sociale", a maggior ragione se riassumibile in un assioma (il *concetto* di norma giuridica), è naturale che il confine del pre-normativo sia stato già varcato⁴⁹.

⁴⁶ G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 77, parafrasando l'opinione di E. Schmidt. Per un'analisi delle definizioni da Engisch, Maihofer e Jescheck, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 345 ss. Sulla teoria sociale dell'azione, in Italia, anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 231 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 288 s.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 206; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 138; M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, cit., p. 216 s.

⁴⁷ Sulla commistione tra sociale e giuridico, per tutti, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 347.

⁴⁸ G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 78.

⁴⁹ In termini analoghi si esprime A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, Cedam, Padova, 1988, p. 165, il quale osserva che «una volta che ci si pone da un angolo di visuale "sociale" già si entra in un ambito *valutativo*, e cioè si finisce in una sfera comunque, *lato sensu*, *normativa*.

«Se il “metodo” d’indagine *dichiarato* è di tipo “pregiuridico”, quello effettivamente *praticato* – ad onta di ogni professione di fede nella “neutralità” del concetto sociale di azione – si risolve nel tentativo di descrivere e di “anticipare”, in quel concetto, il “contenuto” dei *tipi* legali. Quando si afferma infatti che la “visione sociale” si trova al centro della “visione giuridica”, e che tutte le manifestazioni del diritto appartengono allo “spazio vitale sociale”, si finisce in fondo col sostenere solo questo: che i comportamenti socialmente significativi che interessano il mondo del diritto penale sono i comportamenti che si trovano “inseriti” nelle fattispecie legali, e, quindi, che il “comportamento ‘sociale rilevante’ è sinonimo, di volta in volta, di comportamento penalmente rilevante, cioè *tipico*»⁵⁰.

D’altro canto, siffatte concezioni, almeno se isolatamente considerate⁵¹, non paiono nemmeno in grado di soddisfare la *funzione limitativa o negativa*. Ad esclusione infatti dei pensieri, sulla cui irrilevanza non si potrebbe discutere, gli effetti della *vis absoluta*, i movimenti puramente riflessi o incontrollabili possiedono indiscutibilmente *significato sociale*⁵².

4.5. Azione e omissione sono species di un medesimo genus o entità opposte?

Ancor più interessanti, ai nostri fini, sono le obiezioni mosse alla possibilità di ricondurre i concetti di azione ed omissione ad unità: l’autentica «‘croce’ per ogni fautore

È il mondo del “dover essere”, che entra in gioco, e la prospettiva dell’“essere”, puramente naturalistica, viene messa in disparte».

⁵⁰ G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’*. *Critica di un dogma*, cit., p. 78 s.

⁵¹ Di diversa opinione, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, cit., p. 389 s., il quale, ravvisando una integrazione “scalare” tra le teorie naturalistiche, finalistiche e sociali, osserva che «il concetto finalistico non nega il ruolo della volontà e della causalità posta in luce dal modello classico, ma lamenta che la caratteristica dell’omissione consiste proprio nel *non* dare corso a sviluppi causali e valorizza di conseguenza la volontà come finalità, cioè come elemento essenziale di orientamento sui fini capace di trasformare il mero divenire causale (la *causalità* è *cieca*, la *finalità* è *veggente*); il *concetto sociale*, a sua volta, non rifiuta affatto il ruolo essenziale della volontà, ma obietta che l’orientamento finalistico del processo causale manca in realtà nell’omissione ed è assente anche (oppure quando c’è non rileva) nelle azioni colpose, mentre il fattore capace di accomunare azioni ed omissioni, dolose o colpose che siano, consisterebbe nel dominio o nella dominabilità, da parte dell’uomo, di una situazione o di un accadimento nel quale la condotta si porrebbe come socialmente rilevante».

⁵² Così, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 346, cui si rinvia anche per l’approfondimento relativo alle tesi propugnanti un concetto “negativo” di azione. Le medesime obiezioni vengono avanzate, in Italia, da F. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 123 s. Ritengono invece che tali teorie riescano ad escludere la rilevanza penale delle azioni compiute in condizione di totale inconsapevolezza G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 232.

del concetto unitario di azione»⁵³. È infatti davvero peculiare che tali argomenti, ascrivibili, in effetti, alla *iper-normativizzazione* dell'omissione, vengano sbandierati con successo proprio da chi ritiene che anche la nozione di azione non sia pensabile senza il confronto con una norma.

Il rapporto tra azione e omissione viene tradizionalmente riportato al binomio A e non-A (ovvero ad una entità e al suo opposto)⁵⁴. In tal guisa, ad una azione, intesa quale movimento corporeo, dovrebbe necessariamente fare da contrappeso una omissione, inevitabilmente inquadrata in una “assenza di movimento corporeo”. Si rammenta infatti che questi approdi vengono raggiunti nell'ambito della ricerca di un concetto pre-normativo di azione, quindi ad uno stadio ancora *precedente* a quello giuridico. Se ciò è vero, se ne dovrebbe ricavare che, già dal punto di vista naturalistico, azione ed omissione dovrebbero essere mantenute distinte: come A e non-A, appunto.

In questi termini, non sarebbe però dato comprendere alla stregua di quale criterio un soggetto che naturalisticamente agisca possa essere poi rimproverato in via omissiva. Allora si osserva: «è altrettanto vero, però, che si può parlare e si parla di omissione anche “*in presenza*” di un “movimento del corpo” “causalmente efficiente” – magari sorretto da finalità – il che dovrebbe esser chiaro perlomeno da quando il famoso addetto al passaggio a livello giocava a carte o al pallone nel momento in cui doveva abbassare le sbarre! Comunque, quel che soprattutto appare vero e decisivo è che a caratterizzare l'*omissione* – e ad *impedirne* la riduzione sotto un “concetto superiore” comune all'azione – *non* è la (eventuale) *assenza* di un ‘movimento del corpo’ (o di ‘causalità’ o di ‘finalità’), bensì la “comprensibilità” dell'omissione su un piano completamente diverso da quello sul quale si trova l'azione». E si conclude: «l’“omissione” è infatti un tipico *concetto normativo*: un concetto che cioè “si riferisce a dati che possono essere *pensati solo sotto logica presupposizione di una norma*”»⁵⁵.

Ma così ragionando, non si sta confermando proprio ciò che si intendeva negare? Sono stati spesi svariati argomenti per negare che il concetto di azione possa essere definito, se non in negativo, all'infuori della tipicità, che dovrebbe costituire il vero asse portante

⁵³ G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma*, cit., p. 93.

⁵⁴ Così già G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, cit., p. 141 s. Sul punto, tra gli altri, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 341, anche per un richiamo alla posizione di Puppe.

⁵⁵ G. MARINUCCI, *Il reato come ‘azione’. Critica di un dogma*, cit., p. 94 s.

dell'analisi del reato. Come si può arrivare a predicarne la distinzione con l'omissione giustificandola con il solo radicamento di quest'ultima su presupposti normativi?

Una netta scansione di piani è d'obbligo.

i) Sul piano naturalistico (o ontologico) azione e omissione non si distinguono per nulla⁵⁶. Isolando la condotta – altresì assumendola come “volontaria”, nel senso anzidetto – si dovrà sempre ammettere che essa consiste in un (pur minimo) movimento corporeo. Tale movimento potrà essere più o meno evidente e, parimenti, potrà *cagionare fisicamente* conseguenze o meno. Esso, tuttavia, sarà sempre individuabile, almeno fintanto che un uomo possa dirsi “vivo”.

Così, è senz'altro definibile come azione (naturalistica) il giocare a carte o a pallone, ma lo è altresì, riprendendo un esempio caro alla dottrina anglosassone, il posare per un ritratto. In primo luogo, poiché, per quanto possa essere severo il pittore, il soggetto rappresentato inevitabilmente compirà dei minimi movimenti (primo tra tutti il respirare). In secondo luogo, in quanto, mentre tale soggetto appare fermo, ben potrebbe fisicamente mantenere il possesso di un bene: condotta pacificamente ascritta al concetto di azione (in

⁵⁶ Non si comprendono sino in fondo le obiezioni svolte da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 293, il quale, aderendo alle tesi che negano all'omissione le caratteristiche esteriori dell'azione, osserva che «è certo possibile (come obietta qualche autore) accertare naturalisticamente l'assenza di un determinato movimento corporeo e concludere per la sussistenza dell'aspetto esteriore di un comportamento omissivo; ma ciò non vuol dire che quest'aspetto esteriore abbia una realtà naturalistica. Esso si risolve, viceversa, proprio nell'assenza, ossia nella negazione di una realtà naturalistica». Inevitabile, infatti, che per determinare il parametro di valutazione di quel “determinato” movimento corporeo si debba operare una valutazione normativa.

senso stretto)⁵⁷. In terzo luogo, perché, a parere di alcuni autori, proprio la condotta di *posare* consiste in un'azione⁵⁸.

ii) Solo sul piano normativo – e, in particolare, della tipicità – possono dunque essere distinte le due gemmazioni della condotta (attiva o omissiva). Rispetto all'omissione, il ragionamento è oltremodo semplice: essa, si dice, non è nemmeno concepibile se non alla luce di una norma che impone di agire: è l'obbligo giuridico di tenere un determinato comportamento (reato omissivo proprio) o di impedire un evento (reato omissivo improprio) a dare forma e sangue all'omissione.

Tanto però potrebbe dirsi anche rispetto all'azione (in senso stretto). Nella varietà dei comportamenti umani astrattamente idonei ad assumere significato penale, solo quelli *ritagliati* dalle specifiche fattispecie incriminatrici potrebbero costituire un'azione (penalmente rilevante). Parallelamente a quanto avviene per l'omissione, dunque, non può che essere il *Tatbestand* a “designare” l'azione (in senso stretto). Proprio questo è il più importante insegnamento che riteniamo di dover ricavare dall'opera di Marinucci.

Breve: qualsivoglia tentativo di differenziare azione (in senso stretto) e omissione sul piano ontologico o pre-normativo non può che considerarsi vano: esso finirebbe inevitabilmente col predicare corollari fondati su approssimazioni e, in quanto tali, agevolmente sottoponibili a critica⁵⁹. Un siffatto discrimine va ricercato analizzando il fatto

⁵⁷ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 179, che chiarisce: «requisito essenziale dell'azione è infatti quello di dar luogo ad un fenomeno della realtà esterna come tale 'sussunto' in una norma penale strutturata nella forma di un divieto. E tale fenomeno può ben corrispondere anche alla mancanza di attuale di 'movimento', di una tensione muscolare 'dinamicamente' protesa verso un risultato. Anche il fatto di stare fermi, o di essere, per l'appunto, 'in possesso' di qualcosa, rappresentano 'azioni' a tutti gli effetti, purché esse discendano da una scelta volontaria, ossia non derivante da forze naturali esterne o dalla 'coazione' esercitata da una terza persona». In direzione analoga, pur senza arrivare a specificare tali ultime considerazioni, si orienta anche M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, cit., p. 216, il quale, rifiutando l'esistenza di reati di mero sospetto o di posizione (tra i quali si potrebbe annoverare, ad esempio, il possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli, di cui all'art. 707 c.p.) osserva come «a ben vedere, in questi casi non viene incriminato uno *status* del soggetto, bensì una condotta attiva di esercizio di un potere di disposizione sul bene. Ne consegue che manca una condotta penalmente rilevante se Tizio, fermato in auto dalla polizia, viene trovato in possesso di un grimaldello che, a sua insaputa, Caio ha collocato nel bagagliaio dell'auto». Condividendo quest'ultima impostazione, ritengono utile riflettere sulla nozione unitaria di azione anche per cercare di arginare queste ipotesi e riavvicinarle al modello del diritto penale del fatto (contrapposto a quello d'autore) C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 352 ss. Non mette in dubbio che siffatti reati prevedano una condotta, sembrando propendere per la configurazione attiva della stessa, anche T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 140 s., il quale sposta tuttavia l'attenzione sul difetto di offensività degli stessi.

⁵⁸ A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, cit., p. 134.

⁵⁹ D'altra parte, D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023, p. 13, osserva che gli sforzi volti alla ricerca di un concetto unitario e pre-giuridico di azione «non solo dettati dall'esigenza concettuale di scolpire basi invalicabili su cui erigere la responsabilità penale, in linea con i principi costituzionali, ma anche perfettamente coerenti con il linguaggio del codice, il quale ad

da una diversa prospettiva: quella normativa. «Nel primo caso [quello dell'azione] il precetto è costituito da una norma divieto (che vieta di tenere la condotta attiva), nel secondo caso [quello dell'omissione] da una norma comando (che impone al soggetto di tenere una condotta attiva)»⁶⁰.

Compreso lo scenario in cui ci muoviamo, concentriamo ora l'attenzione sui criteri che dovrebbero governare la pretesa distinzione.

5. I criteri differenziali tra azione e omissione

Considerata la riconducibilità dell'azione e dell'omissione ad unità sul piano ontologico (o pre-normativo), è ora tempo di tracciare il confine, per quanto possibile, dei due concetti.

In chiave sistematica, pare utile prendere le mosse dall'analisi delle diverse definizioni di azione e omissione succedutesi in dottrina. Gli interpreti, infatti, lungi dal concentrare l'attenzione sugli eventuali criteri volti a segnalare la basilare differenza tra tali due gemmazioni di condotta, si sono assai spesso limitati ad enunciarla in via meramente *conseguenziale*, a partire dei relativi tratti caratteristici.

Quattro ci paiono, in estrema sintesi, le tesi meritevoli di attenzione:

- i) la teoria naturalistica (degli elementi antitetici);
- ii) quella dell'*aliud agere*;
- iii) le teorie normative dell'omissione;
- iv) quelle causali;
- v) la tesi "organizzativa".

Richiamiamole sinteticamente, pur consapevoli che assai di rado esse vengono in rilievo in forma "pura".

ogni piè sospinto ricorre all'"azione" e all'"omissione" come se si trattasse di una endiadi indistinguibile, con ciò mostrando una tendenza "equiparatrice" che sembra andare oltre la finzione giuridica e pescare invece in pieno dalla "natura delle cose"».

⁶⁰ M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, cit., p. 216. Analogamente, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., p. 178, il quale aggiunge «che, mentre nel caso dell'azione, il disvalore penale si appunta sullo stesso comportamento materiale del quale la norma vieta il compimento, quanto all'omissione, viceversa, l'attività concretamente esplicata non assume alcuna rilevanza penale, essendo invece punibile il puro e semplice 'non fare' – e cioè la mera trasgressione dell'obbligo derivante dal 'comando' di attivarsi in una determinata direzione –».

5.1. La teoria naturalistica degli elementi antitetici: l'omissione come nihil

La teoria tradizionale – valorizzata altresì per escludere la configurabilità di un concetto ontologico e unitario di azione (in senso lato) – vede nell'azione e nell'omissione, di per sé considerate, due entità diametralmente opposte. In tal guisa, l'azione si configurerebbe quale “movimento corporeo”, l'omissione quale “assenza di movimento” o *nihil facere*.

Accolta dalle teorie naturalistiche di matrice tedesca – in tali termini si era già espresso, soprattutto, Radbruch –, essa compare, in territorio anglosassone, già negli scritti della fine del XVIII secolo.

Così, Bentham osservava che «*acts may be distinguished in several ways, for several purposes. They may be distinguished, in the first place, into positive and negative. By positive are meant such as consist in motion or exertion: by negative, such as consist in keeping at rest; that is, in forbearing to move or exert one's self in such and such circumstances. thus, to strike is a positive act: not to strike on a certain occasion, a negative one. Positive acts are styled also acts of commission; negative, acts of omission or forbearance*»⁶¹.

Riprendendo quanto in parte già evidenziato, almeno tre ci paiono le criticità affioranti da un siffatto approccio.

In primo luogo, considerare l'omissione alla stregua di un *nihil* (cioè come *assenza di movimento corporeo*) si presterebbe necessariamente ad approssimazioni. Finché un uomo è in vita, in una sua “inazione” potrebbe essere sempre ravvisato un benché minimo movimento. Di un vero e proprio *nihil*, in sé considerato, dunque, non si potrebbe discorrere⁶².

⁶¹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1781 (2000), Batoche Books, Kitchener, p. 62. Sulla tesi naturalistica, nella dottrina anglofona, si vedano altresì O. KIRCHHEIMER, *Criminal Omissions*, in *Harvard law review*, 1942, 4, pp. 617 ss.; D. N. HUSAK, *Philosophy of Criminal Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1987, pp. 173 ss.; M.S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 28 s.; K. AMBOS, *Omissions*, cit., pp. 17 ss.; A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, cit., pp. 133 ss.

⁶² Rileva invece la percepibilità naturalistica dell'omissione, in quanto anch'essa correlata all'*accadere* D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 24.

In secondo luogo, siffatta teoria rivelerebbe la propria incompatibilità con le posizioni che ravvisano nelle condotte descritte dai reati di *status*, riconducibili al mantenimento della disponibilità di un bene, un'azione. Anche in questo caso, ben potrebbe accadere che il *possessore* rimanga sostanzialmente inerte, non manifestando alcuna energia fisica o movimento esteriore. L'afferenza della sua condotta al concetto di azione (in senso stretto) minerebbe quindi la validità dell'assunto di partenza.

In terzo luogo, la richiamata concezione di omissione non riuscirebbe a spiegare i casi in cui un soggetto che naturalisticamente agisca possa trovarsi a rispondere di un reato omissivo: è il succitato caso dell'addetto al passaggio a livello che gioca con le carte o al pallone.

5.2. La teoria dell'*aliud* agere

Per ovviare soprattutto all'ultimo degli argomenti volti a confutare le posizioni *ontologiche*, alcuni Autori hanno evidenziato la necessità di focalizzare l'attenzione, anche rispetto ai criteri di imputazione oggettivi e soggettivi, sul comportamento tenuto in luogo di quello omesso.

«Si è osservato, cioè, che l'agente, nell'omettere il comportamento positivo dovuto, tiene (nei casi in cui è configurabile una omissione penalmente rilevante) un comportamento positivo diverso da quello (ad es. la madre che lascia morire il bambino omettendo di allattarlo, fa qualche altra cosa nel frattempo)»⁶³. Proprio in ragione di ciò tali teorie vengono definite “dell'*aliud* agere”⁶⁴.

⁶³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 294.

⁶⁴ La teoria risale a H. LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1840, pp. 250 ss. In Italia, viene ripresa da G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp. 134 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale: il reato*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 193. In realtà A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 167 s., osserva come già ai tempi di San Tommaso si fosse posto il problema della riconducibilità del peccato, anche omissivo, alla nozione di *actus*, valorizzando ora l'azione precedente ora il comportamento tenuto in luogo di quello omesso. Certo, osserva, il chiaro A., «la nozione di *actus* era certamente più ampia di quella penalistica odierna, poiché ricomprendeva anche l'atto “interno”, e cioè il puro “atto di volontà”. Ma, ciò nonostante, si poneva ugualmente il problema della configurabilità di un *actus* nell'ambito del “peccato omissivo”, quantomeno per quelle ipotesi in cui non si poteva neppure riscontrare una consapevolezza di omettere in capo al “peccatore”». Problema, appunto, da alcuni risolto ampliando lo sguardo ai comportamenti precedenti o effettivamente tenuti. Interessante richiamare le critiche svolte da San Tommaso a tali sollecitazioni: «è pur vero che uno può “giocare nel momento in cui ha il dovere di andare in chiesa”: ma l'atto del giocare “è solo accidentale al peccato di omissione. Ora, bisogna giudicare le cose dagli

La ricerca di un substrato naturalistico dell'omissione si giustifica altresì alla luce dei dubbi profili di coerenza che una siffatta conformazione criminosa, intesa come *nihil*, ingenererebbe sia rispetto al brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*⁶⁵, sia in ottica causale⁶⁶. Sarebbe assai complicato infatti ricondurre un determinato evento ad un “nulla naturalistico” e, ancor più, ancorarne il rimprovero al principio di materialità.

È indubbio, almeno a nostro modesto avviso, il merito di tali teorie: esse hanno dimostrato l'essenza naturalistica dell'omissione, a cui la *suitas* dovrebbe essere riferita⁶⁷.

Il loro principale difetto, dall'angolo visuale dal quale ci poniamo, è però quello di non essere riuscite ad elaborare criteri distintivi in grado di governare la ricerca dei tratti positivi o omissivi di una condotta, nonché, in fondo, di prendere l'abbrivio da considerazioni attinenti al “dover essere”: in quanto tali, eminentemente *normative*. In altri termini, tali teorie si limitano – per ciò che a noi interessa – a ridurre i due comportamenti in esame ad unità⁶⁸, al contempo ripiegando su considerazioni giuridiche per l'individuazione della condotta omissiva. Concentrare l'attenzione sull'*aliud agere* presuppone che il dubbio in merito alla configurazione attiva o passiva della condotta sia già stato positivamente risolto. Il termine di confronto per la condotta effettivamente tenuta in luogo di quella omessa è inevitabilmente *normativo* (attiene cioè al “dover essere”), sebbene i criteri di imputazione soggettivi e oggettivi vengano riferiti a quanto materialmente realizzato.

Su questa scia si è allora evidenziato che «il definitivo tramonto della dottrina dell'*aliud agere*, dunque, condanna l'azione “effettivamente svolta” dal soggetto ad un ruolo del tutto secondario: essa, lungi

elementi *per sé* (o essenziali) non già dagli elementi *per accidens*”. Quindi l'*aliud agere* non è rilevante nel definire il concetto di omissione, omissione che “può esistere senza nessun atto. E altrettanto il teologo conclude con riferimento all'azione “precedente”, che tutt'al più può essere *causa*, od *occasione* dell'omissione, ma non può risolversi nell'omissione stessa» (così A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 168).

⁶⁵ Anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 128, rileva come l'omissione non possa costituire un mero *nihil facere*, in quanto paragonabile alla mera *inerzia* e, perciò, difettante del tutto di *fisicità*. Analogamente, con la consueta chiarezza, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 186 s.

⁶⁶ Pur aderendo alle tesi normative, rileva invece come l'omissione abbia reale valore *condizionante* C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 824. Sulla causalità dell'omissione, nella dottrina anglosassone, per tutti, F. STARK, *Omissions, non-interventions and causation: Andrew Simester's account*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2025, pp. 108 ss.

⁶⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 67.

⁶⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 169, considera tale un'«erronea tendenza a “scovare” ad ogni costo un tratto comune fra l'omissione e l'azione positiva; anzi, a ricondurre la prima negli schemi logici della seconda. Operazione impossibile vista la menzionata irriducibilità dei due opposti – *a* e *non-a* – ad un superconcetto comune».

dal ‘fondere’ il concetto di omissione, servirà tutt’al più al fine di ‘imputare’ l’omissione al soggetto, nella fase dell’*accertamento*»⁶⁹.

D’altra parte, non si può che condividere l’opinione di chi ritiene inaccettabili i corollari dipendenti da una siffatta impostazione, «come quello di determinare il tempo e il luogo dell’omissione nel tempo e luogo nel tempo e nel luogo del movimento corporeo inerente all’azione che si svolge al posto dell’attività omessa: il che non solo darebbe luogo a risultati assai discutibili in tema di competenza per territorio e di applicabilità della legge penale italiana, ma condurrebbe inevitabilmente ad un circolo vizioso, perché la determinazione di un comportamento effettivamente tenuto invece di quello dovuto presuppone, a sua volta, la conoscenza del tempo dell’omissione»⁷⁰.

5.3. *Le teorie normative dell’omissione*

Trascurando l’approfondimento delle teorie attinenti all’omissione quale processo interiore teso a trattenere i nervi motori che avrebbero spinto ad agire⁷¹ e quella della riconducibilità dell’omissione ad una condotta intesa come «volontà in quanto realizzazione, con un contenuto rilevante giusta la fattispecie penale»⁷², sempre sostanzialmente avversate dalla più recente dottrina nostrana, volgiamo ora lo sguardo all’impostazione che attualmente incontra maggior condivisione nella definizione dell’omissione: quella “normativa”⁷³.

⁶⁹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*. I. *Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 169, cui si rimanda anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁰ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 295.

⁷¹ Per i relativi riferimenti, di matrice tedesca, si rimanda a A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*. I. *Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 170, nt. 75. Ritengono esauribile l’essenza dell’omissione in termini meramente psicologici, in Italia, O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Athenaeum, Roma, 1916, pp. 17 ss.; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, I ed., Cedam, Padova, 1944, pp. 258 ss.

⁷² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 295.

⁷³ Rileva l’assoluta preminenza di siffatto orientamento interpretativo, tra gli altri, D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 14. Tale impostazione ha inevitabilmente fatto scemare l’interesse della dottrina contemporanea per l’approfondimento del substrato naturalistico dell’omissione. Così, G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, 2, p. 30, osserva che «la disputa teorica sul concetto di omissione – fondamentalmente polarizzata sull’opposizione tra le contrapposte pregiudiziali “ontologica” e “normativa” – non è oggi tra quelle che più agitano la dottrina italiana». Ma anche C.E. PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 822, rileva come «persino l’ascrizione, oggi ovvia, dell’omissione al novero dei concetti normativi (in senso stretto) è costata fatica e viene vantata come una *conquista* della scienza giuridico-penale». Assumono questa posizione, nella recente manualistica, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit.,

L'idea è quella di imporre il commiato da qualsivoglia riferimento naturalistico dell'omissione, la quale non potrebbe che basarsi su una norma che impone un obbligo di agire e, conseguentemente, esaurirsi nel suo mancato rispetto. In tali figure criminose, «ogni dimensione ancorata *all'essere* [dovrebbe svanire], per lasciar posto al *dover essere*»⁷⁴.

Nucleo dell'argomentazione è che senza una norma che fonda un dovere di agire (o di impedimento dell'evento) l'omissione non potrebbe essere nemmeno concepita. Mentre si potrebbe naturalisticamente far riferimento a ciò che un soggetto compie, sarebbero infinite le azioni, al contempo, omesse. Ciò spiegherebbe l'inevitabile e – si badi bene – *sola* natura normativa dell'omissione. È il dovere di agire secondo determinate modalità che funge da parametro per considerare eventualmente sussistente un'omissione.

Così, soffermando l'attenzione sull'esempio del credente che non vada a messa e sul contribuente che non presenti la dichiarazione dei redditi, si evidenzia che «senza che vi [fossero codesti obblighi], infatti, neppure ci si potrebbe “accorgere” del fatto che un credente *non è* andato a messa, e del fatto che un contribuente *non ha* presentato la dichiarazione dei redditi: proprio perché si tratta di “realtà” naturalisticamente “uguali a zero” e cioè, dal punto di vista materiale, risolvendosi nel nulla. Solo pensando ad un certo *dover essere*, e cioè a come doveva risultare *modificata* la realtà da un certo soggetto, si può riscontrare che tale modificazione non è avvenuta; e non perché vi sia un qualche “fenomeno” esteriore che lo confermi, quanto per il motivo opposto: e cioè perché “scrutando” la realtà, in un dato tempo ed in un dato luogo, non è possibile rintracciare quel *quid* che doveva verificarsi, e che invece, appunto, non si è verificato»⁷⁵.

pp. 184 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 129; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 628 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 186; R. BARTOLI, *Diritto penale. Elementi di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 108; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 208; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 144; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 214 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2025, p. 295 s. Tra i più classici contributi monografici in argomento si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, i lavori di G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, Cedam, Padova, 1988; ID., *Il reato omissivo proprio. II. Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Cedam, Padova, 1988. Con specifico riguardo al profilo colposo, A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, Roma, 2011 e, valorizzando l'aspetto *interazionale* tra più soggetti, di recente, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022 e D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023.

⁷⁴ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 172, altresì in commento alla *Summa Theologiae* di San Tommaso. Similmente, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 821 s.

⁷⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 173.

In tal guisa, similmente a quanto osservato dai naturalisti, si torna a negare qualsivoglia componente ontologica dell'omissione. L'esclusiva condizione, necessaria e sufficiente, per poter parlare di omissione è la sussistenza di una regola che impone una modificazione della realtà⁷⁶.

Ebbene, per quanto possa risultare coerente, tale visione non si confronta con l'obiezione secondo cui oggetto di valutazione non è un concetto astratto (l'omissione, appunto), bensì un *fatto* umano, che a tale modalità di conformazione dell'illecito deve corrispondere. È pur vero che, in linea teorica, un'omissione non è concepibile se non in presenza di una norma che impone un obbligo di tenere un determinato comportamento. E che lo stesso significato del termine “omettere” esclude, per definizione, che al suo interno possa confluire anche il *facere* invece realizzato. Ciò non dimeno, non si deve dimenticare che a venire in rilievo non è una mera “omissione”, bensì un *fatto di reato omissivo*. Le componenti naturalistiche dell'omissione dovranno dunque assumere significato in quanto intrinse all'agire umano (in senso lato).

Parzialmente differente è invece l'argomento con cui di Brunelli avversa la teoria, il quale non si limita ad eccepire la *materialità* del fatto umano⁷⁷, bensì concentra l'attenzione sulla qualificazione (non giuridica) del parametro alla stregua del quale sarebbe dato concepire l'omissione, pur sempre intesa come *non-facere*. L'A. osserva infatti che «nella realtà, indubbiamente, alcune cose accadono, molte altre non accadono. Tra le prime annoveriamo l'azione, tra le seconde l'omissione. Sia l'accaduto che il non accaduto sono dunque dati estraibili dalla realtà, con una differenza, tuttavia: che l'accaduto si può direttamente descrivere, fotografare, filmare, e compito del narratore, del fotografo, del cameraman, è solo quello di selezionare dettagli e frammenti da tutto ciò che si è materializzato; mentre, per descrivere ed attestare il fatto non accaduto è richiesta una operazione mentale diversa e “preliminare”. Occorre introdurre un “pensiero” attraverso il quale compiere la selezione.

Che si tratti di un “giudizio”, come sostengono i fautori della concezione normativa dell'omissione, o – più propriamente – di una “manipolazione cognitiva”, il passaggio selettivo è concettualmente distinto –

⁷⁶ Cfr. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*. I. *Profili introduttivi e politico criminali*, cit., p. 172 ss., anche per la riconducibilità alle teorie normative dell'omissione di quella dell'*azione attesa*, «secondo la quale l'omissione non si sostanzierebbe nel mancato compimento di un'azione *dovuta*, ma nel mancato compimento di una azione *attesa* (o *richiesta*)» (p. 178 s.).

⁷⁷ La considerazione emerge nitidamente dal seguente passaggio: «si potrà approfondire il tema sul piano filosofico, dibattendo circa il confine dell'“essere” e circa l'essenza del “non essere”, ma a noi soprattutto interessa – anche al di là delle etichette – il rilievo per il quale non occorre il “*quod debetur*” per concepire una omissione, poiché l'azione mancante, prima che nel mondo delle norme, vive nel mondo dei fatti; che l'omissione è una condotta “reale”, seppure con le sue peculiarità» (così D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 26).

perché più elaborato – da quello che richiede la descrizione dell'azione, per la quale l'intermediazione dell'intelletto riguarda solo il fenomeno percettivo.

Ma questo disallineamento corrisponde esclusivamente alla diversa identità delle due tipologie di condotta: non comporta la loro gravitazione in due mondi separati, come pretendono di sostenere i vessilliferi della fisicità dell'azione e della normatività dell'omissione. In particolare, la necessità di “pensare” all'azione mancante, estraendola dal vuoto lasciato dall'accaduto non implica di per sé l'abbandono dalla realtà e l'ingresso nel mondo delle norme. La “manipolazione cognitiva” è un peculiare strumento che l'osservatore della realtà deve mettere in campo per descrivere l'omissione, ma sempre con la realtà egli deve confrontarsi.

L'impatto con le norme avviene in un secondo tempo, esattamente nello stesso modo in cui si manifesta con l'azione. E non sto parlando di un fattore necessariamente cronologico, ma di un fattore “logico”. È proprio questa la fase del “giudizio”, la quale è destinata a processare ugualmente l'azione e l'omissione, a qualificarle giuridicamente»⁷⁸.

D'altronde, anche l'intrinseca essenza normativa dell'azione (in senso stretto) non potrebbe essere negata, naturalmente se valutata in termini penalistici. Solo il *Tatbestand* potrebbe infatti qualificare, nell'indistinta massa di movimenti corporei, benché sorretti volontà ed, eventualmente, da finalità (effettive o potenziali), le specifiche azioni rilevanti ai nostri fini.

Chi poi volesse osservare che siffatta considerazione è successiva ad una valutazione *ontologica*, che postula proprio una inconciliabilità di piani tra azione (comprensibile naturalisticamente) e omissione (incomprensibile naturalisticamente), potrebbe essere smentito dall'ineludibile presa d'atto che ad essere valutato è un fatto *dell'uomo*, il quale, per sua natura, *agisce*. Ed è il diritto – per ciò che a noi concerne – che ne dovrebbe orientare la direzione, di fare e, al contempo, di non fare.

L'azione (in senso lato) è dunque un concetto di *relazione*: è sempre, naturalisticamente, una modificazione della realtà *qualificata* dalla violazione di una norma che impone un divieto o un obbligo di azione.

Si richiami, sul punto, l'insegnamento di Bricola, il quale, pur approfondendo del reato omissivo l'oggetto e caratteri del dolo, chiariva: «non riteniamo, aderendo ad una recente impostazione, che l'entità “omissione” vada intesa come entità normativa, ma soltanto nel senso che in natura non esiste una tale entità. Una considerazione che non s'arresti alla pura squama esteriore della norma giuridico-penale e che cerchi di far corrispondere, nei limiti del possibile, il dato giuridico normativo al substrato naturalistico che ne costituisce la linfa vitale, deve tener conto, oltre che dell'aspetto formale della qualificazione giuridica

⁷⁸ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 25.

(omissione) anche del suo elemento contenutistico (azione od inerzia)⁷⁹. È a questo secondo dato che va ricondotta la coscienza e volontà come fatto giuridico naturalistico; per cui, ad esempio, cosciente e volontario è il comportamento realizzato dal ferroviere in luogo di quello dovuto (esecuzione della manovra regolamentare), ovvero cosciente e volontaria è l'inerzia, che è pure essa una forma di condotta. Tale elemento costituisce ancora una volta dunque la base dell'omissione sia dolosa che colposa: per entrambe le forme comunque ciò che non entra nell'orbita della coscienza e volontà, come vedremo meglio, è semplicemente la qualificazione giuridica di quel comportamento come reato omissivo (e cioè l'aspetto normativo dell'omissione)»⁸⁰.

Ma vi è di più. Per quanto logicamente coerente, tale concezione rimane insensibile alla definizione dei criteri che dovrebbero presiedere alla qualificazione attiva o omissiva di una condotta. Certo, l'assunto di partenza è che il reato commissivo debba confrontarsi con una norma divieto e che quello omissivo debba riferirsi ad una norma che impone un obbligo di agire; ma tale assunto non risolve i casi in cui un medesimo reato possa essere commesso in via attiva o omissiva, né, sotto altro livello, la sanzionabilità di un contributo concorsuale, che postula il ricorso, in base alla propria conformazione, ora al solo art. 110 (o 113) c.p., ora anche all'art. 40 cpv. c.p.

Prendendo le mosse, per semplicità, dall'illecito monosoggettivo, quella del medico che non cura adeguatamente (cioè: cura in maniera non adeguata) un proprio paziente è una responsabilità attiva o omissiva? E quella dell'imprenditore che non organizza adeguatamente la propria attività, nell'ambito della quale si verifica un infortunio?

Le tesi normative, se non ben comprese, corrono il serio rischio di essere eccessivamente "caricate" di attribuzioni, fungendo da base non solo *definitoria*, bensì *anche* discriminante per la qualificazione omissiva della condotta.

Già si è dato conto dei benefici che discendono dalla riconduzione di una condotta al paradigma omissivo, tra i quali si richiamano: (i) la possibilità di sanzionare solo i soggetti destinatari di una posizione di garanzia; (ii) la sovrapposizione del disvalore insito nel reato commissivo e in quello omissivo; (iii) l'esonazione della responsabilità qualora – al netto delle diverse posizioni sul campo – la condotta alternativa lecita comporti *chances* di impedimento dell'evento comprese tra il *più probabile che non* (51%) e l'*oltre ogni ragionevole dubbio* (≈100%), invece sufficienti per il rimprovero colposo dell'*azione*.

⁷⁹ Sulla difficoltà di considerare l'inerzia come componente (naturalistica) dell'omissione, v. i §§ precedenti.

⁸⁰ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 66 s.

Ebbene, il pericolo è che la qualificazione di una condotta come omissiva venga fatta derivare *automaticamente* dall'individuazione di una posizione di garanzia: come se la presenza di una posizione di garanzia bastasse di per sé a conformare la condotta come, di fatto, “presuntivamente” omissiva. E tale insidia, lungi dall'essere confinata ad una mera supposizione teorica, pare ormai essere dilagata nel diritto vivente, divenendone parte integrante. Nei capi di imputazione in ambito medico o antinfortunistico, ad esempio, si rinviene pressoché costantemente il riferimento all'art. 40 cpv c.p., salvo poi, nella descrizione del rimprovero, dare adito ad ampi dubbi sull'effettiva conformazione passiva della condotta.

Così come alla nozione di garante (in senso proprio) oggi si accompagna (e sovente si sovrappone) quella di *gestore del rischio*⁸¹, sempre più invalsa nel diritto penale dell'economia, l'eventuale carattere attivo della condotta viene di fatto fagocitato nel mancato rispetto del dovere di impedimento.

Si è dunque assistito, per il rimprovero omissivo, ad un percorso simile a quello che ha visto come protagonista la *colpa*, la quale, da criterio di imputazione soggettiva “eccezionale” dei delitti, nella società del rischio⁸², è ormai divenuta *regola* (naturalmente,

⁸¹ Sulla criticabile tendenza a considerare garante il soggetto su cui grava il potere-dovere di gestire un rischio specifico a prescindere dalla forma commissiva o omissiva della condotta, così dimenticando i noti insegnamenti dottrinali volti ad utilizzare il criterio di competenza per consentire il pieno rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, cfr. Cap. V, §§ 3.3. ss. In giurisprudenza, la nozione è stata elaborata da Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821 (in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 18 febbraio 2013, con scheda di MINNELLA, *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*); successivamente avallata da Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343 (in www.giurisprudenzapenale.com, 18 settembre 2014, sul caso Thyssenkrupp); e, da ultimo, fatta propria da Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2024, n. 9906 (in www.giurisprudenzapenale.com, 12 marzo 2025, sul disastro di Rigopiano: riferimenti al commento in Cap. II, nt. 45). Sul criterio di competenza, tra i molti, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; ID., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, pp. 247 ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, pp. 635 ss.; ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 25 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 195 ss.; ID., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 206 ss.; A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1540 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Discrimen*, 3 settembre 2018, *passim*; S. DOVERE, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *Reato colposo*, a cura di Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 597 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Castronuovo, Curi, Tordini Cagli, Torre, Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 320 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 244 ss. Nella letteratura tedesca, per tutti, G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, *passim*.

⁸² Il riferimento, naturalmente, è a U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

qualora ammessa)⁸³. L'omissione, in linea teorica "cenerentola", è stata elevata a "primadonna"⁸⁴, anche negli studi dottrinali⁸⁵.

Ribadendo l'impossibilità di prescindere dal substrato *naturalistico* dell'azione (in senso lato) e, al contempo, di confrontarla con una norma che impone un divieto o un obbligo di agire, va quindi lumeggiata l'urgenza nella definizione di criteri, quanto meno discrezionali possibile, atti a distinguere la condotta attiva da quella omissiva. Ai fini della presente ricerca, ciò si rivela naturalmente indispensabile per comprendere se all'ISP, il cui difetto di una posizione di garanzia è stato ampiamente dimostrato, possa essere mosso un rimprovero per non aver rimosso il contenuto offensivo (quindi per averlo ulteriormente diffuso).

5.4. *Le teorie causali*

Proprio dalla considerazione che sia il reato di evento causalmente orientato a far affiorare la necessità di una chiara distinzione tra azione e omissione si dipanano quelle che potremmo definire *teorie causali dell'omissione*⁸⁶. Semplificando al massimo, se ne potrebbe individuare il dato comune nell'attenzione alla trama etiologica che conduce alla verifica del risultato lesivo da imputare.

A nostro avviso, il loro merito è stato quello di sganciare l'azione e l'omissione da una valutazione circoscritta del comportamento di cui si indaga la natura, per inserire, nel metro di giudizio sullo stesso, un'ulteriore modificazione del reale.

Ci si accorge allora che, nel reato omissivo improprio, è la stessa causalità che conferma la *tipicità* e che ciò avviene (e deve avvenire) *prima* della valutazione in merito

⁸³ Nel settore del diritto penale del lavoro, valorizzando le Sezioni Unite ThyssenKrupp, per tutti, D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 310 ss.

⁸⁴ La metafora, utilizzata in relazione al reato colposo, è tratta da D. CASTRONUOVO, voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 201.

⁸⁵ Si ricordino, in argomento, i recenti studi monografici di A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022 e di D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit.

⁸⁶ In proposito, si sottolinea che per definire la *tipicità* del reato omissivo improprio «occorre partire dalla struttura delle fattispecie di evento a forma libera o causalmente orientate, dando per scontato – al netto delle discussioni pur vivacemente sorte – che è attorno a tale struttura che si modella il *core business* [di tale conformazione criminosa], perché principalmente, se non unicamente, a queste è riferibile la clausola di equivalenza dell'art. 40, comma 2» (così D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 18 s.).

alla sussistenza di un eventuale dovere impeditivo. La posizione di garanzia *segue* la qualificazione di una condotta come omissiva, non la precede e non la determina⁸⁷. In caso contrario, si ricadrebbe in uno dei rischi poc'anzi menzionati: qualificare come omissivo ciò che è attivo, con le conseguenze già viste. Rispetto alla casistica in esame, ciò potrebbe significare, qualora si ritenga individuabile una posizione di garanzia del *provider* tesa ad impedire l'ulteriore diffusione del contenuto illecito – come sostenuto da autorevole dottrina⁸⁸ –, ammettere l'irresponsabilità dell'operatore economico nei casi in cui non si riesca a dimostrare che, in presenza della rimozione dello stesso nei termini consentiti, la sua proliferazione sarebbe stata impedita *oltre ogni ragionevole dubbio*⁸⁹.

In questi casi, è lo stesso legislatore, attraverso la clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., a determinare la tipicità del comportamento omissivo su base causale. «La sussunzione avviene quindi direttamente e al più presto attraverso un rimando alla realtà dell'accaduto, sicché assume i contrassegni della tipicità quella specifica condotta, non perché la si può isolare in quanto in possesso delle note caratteristiche impiegate dal legislatore, ma solo perché – quali che siano quelle note – la stessa è stata condizione contingentemente necessaria dell'evento, o quantomeno una di esse». Il nesso causale, si aggiunge, «costituisce lo strumento operativo per estrarre dalla norma una “fattispecie” in grado di selezionare la classe dei fatti ad essa riconducibili e, in particolare, per conferire tipicità ad una condotta non previamente definita nella sua dimensione astratta»⁹⁰. È da tale dato che si deve dunque prendere le mosse per valutare la conformazione positiva o negativa della condotta⁹¹.

⁸⁷ In questi termini, già C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, cit., p. 831, in critica alla “fuga in avanti” della giurisprudenza, solita, verificatosi l'evento, ad individuare la posizione di garanzia, da cui trae la presenza (e la violazione) di un dovere di diligenza e, conseguentemente, la colpa, del tutto soprassedendo sulla prova della causalità. L'A rileva allora che «la sequenza logica ordinaria, che dovrebbe muovere dalla spiegazione del nesso causale, appurare solo a questo punto la sussistenza di una posizione di garanzia, e indagare successivamente la violazione del dovere di diligenza che fonda, nelle sue componenti oggettive e soggettive, la responsabilità colposa».

⁸⁸ Cfr. Cap. II, nt. 120.

⁸⁹ Ciò, naturalmente, sempre che l'illecito possa considerarsi in fase di consumazione anche nei casi in cui non sia più nella disponibilità dell'utente o del *provider* rimuovere il contenuto da cui dipende dal *web*. Alla problematica sarà dedicato il prossimo Capitolo.

⁹⁰ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 19.

⁹¹ Adottano tale criterio, nella manualistica, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 221, i quali rilevano come «la condotta sarà qualificabile come omissiva tutte le volte in cui il “fare” compiuto in concreto dall'autore non ha modificato il decorso causale dell'episodio che si sarebbe avuto anche in assenza di quel “fare”». Riconduce invece la distinzione ad un parametro marcatamente normativo: azione nei casi di violazione di una norma divieto vs. omissione nei casi di violazione di una norma comando, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*. *Significato teorico e pratico delle*

Nei reati causalmente orientati a forma libera – che invero, assieme alle ipotesi concorsuali, è dove si rivela più sentita la necessità di comprendere la qualificazione attiva o omissiva del comportamento – si potrà qualificare come azione la modificazione della realtà che si ponga quale fattore causalmente rilevante per la verifica dell'evento. Viceversa, si dovrà considerare omissiva quella modificazione della realtà – come visto, imprescindibile – che non incida sul decorso etiologico attivato da un altro fattore, umano o naturale.

Si osserva allora in dottrina che «descritto in questi termini il meccanismo di funzionamento dei reati di evento a forma libera, la condotta tipica, rivelata con lo strumento del nesso di causalità, può [quindi] consistere in una *azione* tutte le volte in cui il collegamento causale con l'evento sia riferito ad un comportamento umano dotato di contrassegni empirici, percepibili nella realtà, muniti di consistenza fisica. L'azione, quindi, corrisponde a quello che una volta si designava come “movimento muscolare”, foss'anche microscopico, come quando è in gioco l'attivazione delle corde vocali o il “clic” di un mouse del computer, alludendosi allo sprigionamento di una qualsiasi energia comportante un mutamento seppure impercettibile della realtà.

Ma se ci spostiamo sul campo dell'*omissione*, usando lo stesso criterio dovremmo poter dire che si ha omissione tipica, allorché il collegamento causale con l'evento sia invece riferito alla assenza nel mondo reale di un siffatto comportamento. Non – si badi – di un *qualsiasi* comportamento (mancanza di una azione in senso assoluto), perché non omette solo chi dorme o resta immobile e si limita a respirare, ma di quel comportamento che, *se posto in essere, avrebbe impedito* la realizzazione dell'evento *hic et nunc*. Dunque, si tratta di una “non azione” in senso correlato a una funzione. Può ravvisarsi omissione, infatti, anche in presenza di un contegno non inerte, ma concretamente reattivo, qualora però l'agente si sia sbagliato nella scelta dell'azione impeditiva dell'evento, avendo optato per una azione non consona, fallimentare»⁹².

Come già ampiamente evidenziato, se ci pare condivisibile il riferimento *funzionalistico* dell'azione omessa (che evidenzia il parametro alla stregua del quale essa viene definita come tale), non altrettanto potrebbe dirsi circa la valorizzazione dell'*inerzia* (almeno se *tout court* considerata). Ogni *fatto omissivo* implica *umanità*, quindi, *materialità* e *movimento*. Se di inerzia si vuol parlare, lo si può fare non in assoluto, ma rispetto a ciò che non è *funzionalmente* connesso alla dinamica etiologica assunta a parametro.

Alzando il tiro, e cercando al contempo di elaborare una nozione di omissione valida per i reati omissivi sia propri sia impropri, si è dunque sostenuto, nella dottrina d'oltralpe, che «“agire” significa imprimere al mondo una nuova direzione e “omettere” è mantenere

tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 58.

⁹² D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 20.

invariata la direzione che il mondo ha già». E in termini non dissimili si è orientata parte della dottrina anglosassone, che, rifiutando una distinzione tra azione e omissione fondata su un movimento o un “non movimento”, ha evidenziato come la prima «tipicamente introduce cambiamenti nel mondo: ess[a] causa mediante un intervento. Per converso, [la seconda] ricomprende fallimenti di intervento e incide su stati o processi causali esistenti, tipicamente in modo tale che ne conseguano cambiamenti nel mondo»⁹³.

Maggiormente discutibile, almeno in termini pratici, è invece il secondo canone utilizzato dall’A. da ultimo richiamato, fondato sul *range* di movimenti alternativi disponibili rispetto a quello tenuto. Richiamando l’esempio del marinaio che omette di lanciare la corda al naufrago in mare, si evidenzia che «l’idea di base qui è che quando il comportamento di [un soggetto] costituisce un [determinato agire], [siffatto agire] denomina un fare piuttosto che un omettere solo quando i movimenti corporei effettivamente coinvolti nel comportamento del soggetto, o una gamma ristretta di movimenti corporei simili, avrebbero costituito [siffatto agire]. Il mancato lancio della corda da parte [del soggetto] è, al contrario, un omettere perché avrebbe potuto essere costituito da una vasta gamma di movimenti corporei»⁹⁴. A ben vedere, tale assunto non apporta nulla di innovativo al criterio *causale*, limitandosi sostanzialmente a riproporre, sotto altra veste, le critiche che i sostenitori delle teorie normative dell’omissione avevano a suo tempo rilevato avverso le tesi dell’*aliud agere*. Per propria natura, infatti, il *fare* implica la valorizzazione di una entità positiva definita, il *non fare* ammette infinite alternative *positive*.

Tali impostazioni andrebbero accolte con favore; e ciò in quanto, se ben comprese, parrebbero riuscire sia a valorizzare la componente naturalistica dell’omissione, sia ad assecondare l’esigenza di enucleare un criterio distintivo tra azione e omissione sostanzialmente esente, almeno in linea teorica, da profili di discrezionalità.

Quanto al primo “pregio”, va evidenziato come tali teorie nobilitino la componente ontologica del reato omissivo (a nostro avviso, sempre presente, in quanto *fatto umano*). Esse, lungi dal negarla, si limitano infatti a valutarne l’incidenza rispetto alla *catena causale* attenzionata.

⁹³ A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, cit., p. 136. In Italia, parrebbe potersi accostare a siffatte enunciazioni anche l’opinione di F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 216: «proprio perché l’uomo ha la possibilità (che abbiamo visto essere crescente nel mondo moderno) di intervenire con la sua azione ad incidere e modificare i processi causali, i fenomeni naturali e sociali che si svolgono intorno a lui, l’omissione di tali interventi modificativi rappresenta – da un punto di vista socio-valutativo – non già un *nihil*, un nulla bensì una personale presa di posizione nei confronti del mondo circostante».

⁹⁴ A.P. SIMESTER, *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, cit., p. 137.

Quanto al secondo, tali posizioni assicurano l'ancoraggio del giudizio circa la qualificazione (attiva o omissiva) della condotta ad un dato, almeno in principio, obiettivo: l'influenza (positiva)⁹⁵ sul processo causale naturalmente o materialmente (da altri) attivato.

Siffatti profili meritano tuttavia un ulteriore approfondimento.

5.4.1. *Il recupero della componente normativa della condotta*

Come si è detto, merita condivisione l'assunto secondo il quale sarebbe l'influenza causale della condotta, a prescindere dalla propria conformazione (in sé considerata), a doverne lumeggiare la qualificazione in termini di *agere* o di *non agere*. Influenza causale intesa come introduzione o mancata rimozione di un fattore causale per la verifica dell'evento. Il problema – per vero apparentemente sottovalutato dai sostenitori di questa posizione – è: quale catena etiologica, tra le infinite attivabili dalle (altrettanto infinite) azioni materiali?

Quasi scontata la risposta: quella rilevante alla luce della fattispecie attraverso la quale il fatto umano è analizzato.

In precedenza, è stata avversata la posizione naturalistica che riconduce l'azione e l'omissione a due entità irriducibili ad unità (A e non-A); e ciò in quanto è stata evidenziata la componente *ontologica* del fatto omissivo. Allo stesso tempo, è stata ridimensionata la validità delle tesi che riconducono l'omissione ad una dimensione *esclusivamente* normativa poiché, da un lato, trascurano che ad essere oggetto di valutazione è pur sempre un *fatto* umano e, dall'altro lato, non consentono una piena valorizzazione della componente *giuridica* dell'azione. Proprio il substrato *normativo* della condotta ha consentito inoltre di superare le tesi dell'*aliud agere*, dalle quali peraltro dipendono, se fedelmente predicate, corollari insostenibili.

⁹⁵ Non si può infatti che condividere la tesi di chi osserva come «una “non azione” non è mai in grado di attivare il meccanismo causale, e che dunque la dimensione naturalistica della causalità dell'omissione assume necessariamente un carattere *ancillare* rispetto ad un meccanismo altrimenti attivato (da una azione o da un fattore naturale). [...] La causalità omissiva, dunque, “*accede*” alla causalità attiva, dipendendo da essa: da sola non può essere concepita. Questo è un dato insopprimibile, direttamente connesso con la peculiare qualità reale dell'omissione di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente; non lo si può obliterare, anche a prescindere dal più o meno preponderante ruolo che si voglia attribuire nell'omissione alla dimensione deontica» (così, D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 27 s.).

Ebbene, sarebbe assurdo ora porre quale discrimine tra una condotta attiva e omissiva un criterio fondato su elementi meramente naturalistici. E lo sarebbe in quanto privo di parametri alla stregua dei quali fissare la valutazione circa il mutamento della realtà.

Ciò che rimane sotteso a siffatte impostazioni è che tra gli infiniti mutamenti *causali* che possono essere azionati dalle condotte umane, solo quelli rilevanti per una o più fattispecie incriminatrici possono essere attenzionati. È dunque da siffatta valutazione giuridica – si badi bene, che conserva piena efficacia sia per le ipotesi attive sia per quelle omissive – che è dato inferire conseguenze circa l'eventuale incidenza rispetto alla causazione dell'evento (o, più in generale, circa il mutamento della realtà).

Ciò spiega perché si potrebbero avere situazioni in cui un medesimo soggetto agisca e, allo stesso tempo, ometta alla luce della medesima o di diverse fattispecie incriminatrici: si pensi al caso della madre che, coinvolta in una colluttazione con esiti lesivi per l'avversario, non si accorga che il figlio minore, nel frattempo avvicinatosi al lago, vi sia caduto e abbia riportato lesioni. Il primo reato (in ipotesi, riconducibile all'art. 582 c.p., qualora ne siano derivate le conseguenze normativamente descritte) verrebbe integrato in forma commissiva: è la madre che determina attivamente l'offesa alla propria controparte. Il secondo, ricollegabile all'art. 590 c.p., consumatosi nel medesimo tempo e (con qualche approssimazione) luogo, verrebbe realizzato in forma omissiva: la madre non ha interrotto la sequenza causale attivata dallo stesso minore, confluita nella caduta nel lago.

Riprendendo la lineare elaborazione jakobsiana, può dunque ammettersi che «il potere di conformare la realtà può essere esercitato in due modi: al mondo viene attivamente impressa una nuova direzione oppure esso viene lasciato nel corso che già possiede. Il primo caso conduce al reato commissivo, al commettere attraverso l'azione (talvolta chiamato anche semplicemente “commettere”), il secondo al reato omissivo, al commettere attraverso l'omissione (o semplicemente “omettere”)⁹⁶. Purtroppo, va specificato che a tale concezione è sottesa una valutazione normativa. Viene cioè dato per presupposto che la direzione impressa dall'azione o la mancata influenza dell'omissione sulla direzione naturale è proprio quella considerata da una norma. Qualora quella norma non vi fosse, mai riusciremmo a definire quel comportamento come azione o come omissione.

⁹⁶ G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., p. 25.

In definitiva, il discrimine circa la natura della condotta può essere ricercato nell'introduzione o nella mancata rimozione di un fattore etiologicamente rilevante per la modificazione della realtà alla base del reato di cui si è chiamati a valutare la realizzazione.

5.4.2. La coesistenza di profili attivi e omissivi

Oltremodo prevedibile è la principale critica che potrebbe essere mossa alla formula: nella realtà, si assiste frequentemente a condotte di “garanti” variamente influenti sull'evento *hic et nunc verificatosi* e denotanti tratti sia attivi sia omissivi. D'altronde, è proprio l'impossibilità di distinguere le condotte attive da quelle omissive in seno alle organizzazioni complesse che ha orientato, per un verso, la giurisprudenza al conio della pericolosa nozione di garante inteso come *gestore del rischio*⁹⁷ e, per altro verso, parte della dottrina a proporre la configurazione di una *Garantenstellung* plurisoggettiva e frazionata, fondata sulla valorizzazione dell'art. 40 cpv. e 110 (o 113) c.p., tesa all'impedimento plurisoggettivo dell'offesa⁹⁸.

Nulla quaestio sull'irrelevanza, ai fini della qualificazione di una condotta come attiva o omissiva, della natura (implicante un *facere* o non *facere*) dell'eventuale regola cautelare violata: il giudizio di colpa verrà in gioco in una fase successiva, quando il dubbio in merito alla conformazione della condotta è già stato sciolto⁹⁹.

Non volendo aprioristicamente rinunciare all'individuazione di un discrimine tra azione e omissione anche quando ad invadere il campo siano condotte miste, di gran lunga prevalenti nella società del rischio, riteniamo che una congrua soluzione potrebbe essere offerta dalla valorizzazione dei profili *commissivi* in tutti i casi in cui l'evento abbia subito una modificazione rispetto a quello che si sarebbe verificato “naturalmente”, escludendo mentalmente la condotta¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 81.

⁹⁸ È questa la proposta di A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., p. 171 ss.

⁹⁹ Cfr. D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 67 s.

¹⁰⁰ Analoga è la soluzione sostenuta, seppur in chiave “concausale”, da A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 481 s., il quale, nel settore della responsabilità medica, si mostra critico rispetto agli orientamenti giurisprudenziali confondenti il momento omissivo della colpa e l'omissione “in senso stretto”, proponendo di valutare, ai fini distintivi, ora l'influenza condizionalistica della condotta (nelle ipotesi commissive), ora la coincidenza tra l'evento *hic et nunc verificatosi* e quello che si sarebbe dovuto impedire (nelle ipotesi omissive).

Il *favor* riservato al *commissivo* si ritiene giustificato dalla volontà di escludere le già richiamate conseguenze negative che da una scorretta qualificazione della condotta (come omissiva invece che attiva) potrebbero derivare. D'altro canto, il (tendenzialmente) più grave disvalore dell'azione asseconda la prioritaria valutazione dell'incidenza di questi profili rispetto a quelli omissivi. Così, ci si dovrebbe chiedere se il soggetto di cui si indaga la responsabilità, mediante le proprie condotte *attive* (quelle cioè introduttive del fattore etiologico materializzatosi nell'offesa o aggravanti quello già presente), abbia azionato o aggravato il medesimo rischio successivamente realizzatosi nell'evento lesivo.

Alla risposta positiva conseguirebbe la configurazione della sua condotta in termini attivi, a quella negativa l'ulteriore accertamento circa l'eventuale rilevanza (anche causale) dei profili omissivi della condotta, qualora naturalmente questi rivesta la qualifica di garante "in senso proprio".

La diversa impostazione, deputata a valorizzare l'eventuale *prevalenza* dei profili attivi o omissivi della condotta, non ci pare accoglibile in quanto esposta a valutazioni assai labili e discrezionali¹⁰¹. Assai difficile sarebbe inoltre cogliere il *peso* di un fattore causale *negativo* rispetto ad uno *positivo*.

Del pari, non si può che evidenziare come «il criterio che solitamente si considera "dominante" e che consiste nel verificare la natura di divieto o di comando della regola cautelare violata, da un lato, appare del tutto fuorviante perché debitore dell'approccio "normativo" alla condotta omissiva e, dunque, sta e cade con esso; d'altro lato, più che costituire un criterio solutore l'enunciato si risolve in un fattore meramente descrittivo, in grado di raffigurare solo "a valle" della soluzione la differente dimensione normativa dell'azione e dell'omissione»¹⁰².

Formuliamo qualche esempio nei settori ove maggiore è il rischio di confusione.

i) Il medico che ritarda le cure o erra nell'effettuazione dell'intervento.

In questa ipotesi, è evidente la conformazione omissiva della condotta. Il fattore causale materializzatosi nell'evento infausto è riconducibile alla patologia contratta dal

¹⁰¹ Secondo D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 68, è la posizione adottata dalla giurisprudenza di legittimità.

¹⁰² D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 69 s., cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici. Per la soluzione normativa, invece, M. SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen.*, 16 ottobre 2020, p. 30 s., che, valorizzando la condotta nella sua complessità, considera *commissive* le ipotesi in cui ad essere violato sia un divieto di agire e *omissive* quelle che si confrontano con una norma comando. In quest'ultimo senso, però, già M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., p. 58.

paziente. Il medico, per quanto abbia ritardato il proprio intervento o lo abbia effettuato in termini gravemente scorretti, *omette di interrompere* un percorso etiologico in atto¹⁰³.

Diverso sarebbe se il chirurgo, errando durante l'operazione, cagionasse al paziente una grave infezione, da cui dipenda una patologia irreversibile o, ancor peggio, una pressoché immediata morte. In questo secondo caso, quantunque nell'adempimento di un proprio dovere di cura, l'operatore sanitario avrebbe introdotto un *nuovo* fattore causale successivamente tradottosi nell'offesa. Egli dovrebbe perciò essere responsabilizzato a titolo *commissivo*. L'eterogeneo disvalore delle condotte, che giustifica altresì il differente peso assegnato al grado di *evitabilità* dell'evento (l'ipotesi commissiva difetta infatti dell'accertamento della *causalità ipotetica*), pare emergere nitidamente.

ii) La responsabilità infortunistica datoriale e degli altri garanti della sicurezza.

Come già accennato, nel settore antinfortunistico è pressoché costante la conformazione del rimprovero in chiave omissiva da parte della giurisprudenza; e ciò con riguardo sia al datore di lavoro, sia agli altri *garanti*.

Ebbene, va premesso che l'esercizio di una attività rischiosa postula per sua natura l'introduzione di un fattore, in potenza, causalmente rilevante. In via ordinaria, il datore di lavoro dovrebbe dunque essere chiamato a rispondere per aver attivato un decorso etiologico sfociato nell'evento.

Si pensi, ad esempio, all'organo datoriale che organizzi scorrettamente la propria attività¹⁰⁴. Egli fornisce il presupposto – introduce un fattore etiologico – che ben potrebbe da ultimo materializzarsi nell'evento lesivo. Qualora ciò accada, il rimprovero che a questi dovrà essere mosso assumerà natura *commissiva*.

Per converso, si immagini che il datore abbia correttamente organizzato la propria attività, ma che, su ordine, ad esempio, di un preposto, alcuni dipendenti intraprendano

¹⁰³ Si orienta diversamente M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., pp. 54 ss., il quale riconduce l'errata operazione ad una ipotesi commissiva e quella del ritardo ad una ipotesi omissiva. Osserva infatti l'A., a proposito del primo caso: «si può correttamente assumere che sia questo un tipico caso di *culpa in agendo*, perché non ricorre nessun "omesso impedimento dell'evento" nella condotta dei sanitari che hanno sbagliato diagnosi e terapia. Questi medici non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto: il divieto di cagionare (o contribuire a cagionare, si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza, e quindi per effetto di un comportamento negligente o imperito nell'esercizio dell'attività professionale» (p. 55). Si noti però che, ragionando nei termini espressi nel testo, al medico converrebbe rimanere inerte piuttosto che errare colposamente: egli potrebbe infatti beneficiare del margine di probabilità che si frappone tra il parametro richiesto per la prova della causalità omissiva (*oltre ogni ragionevole dubbio*) e della causalità della colpa (*più probabile che non*).

¹⁰⁴ Cfr. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 400 ss. e *infra*, § 4.5.

lavorazioni non consentite dai protocolli di sicurezza, durante svolgimento delle quali incorrano in un infortunio. L'eventuale condotta rimproverabile al garante datoriale – riconducibile ad un difetto di vigilanza – assume qui valenza *omissiva*. Il fattore etiologico che si è concretizzato nell'evento è stato infatti introdotto dal preposto e, all'apicale, può eventualmente essere solo rimproverato di non averlo intercettato (sempre che rientri nella propria sfera di *competenza*). L'esercizio dell'attività d'impresa è *occasione*, non *causa* dell'infortunio.

Naturalmente, più si scende nella scala “gerarchica” della sicurezza, più è probabile che si assista a rimproveri omissivi. La ragione dipende dalla proporzionale riduzione della discrezionalità e autonomia assegnata ai garanti situati ai gradini inferiori (preposti e lavoratori). Mentre gli organi di vertice rispondono fisiologicamente per condotte *commissive*, e ciò in quanto sono questi a modellare l'esercizio dell'attività rischiosa, ai garanti subalterni si dovrebbe tendenzialmente rimproverare di non aver deviato un fattore etiologico introdotto da altri. Anche in questo caso, la differente conformazione del rimprovero è tendenzialmente coerente con il diverso disvalore delle condotte illecite, che decresce più ci si allontana dalle responsabilità apicali.

Tali considerazioni si riveleranno fondamentali quando verrà approfondita la possibilità di qualificare come attiva o omissiva la condotta dei singoli soggetti che, operanti all'interno dell'organizzazione (complessa) del *provider*, sono chiamati ad effettuare l'attività di moderazione dei contenuti¹⁰⁵.

5.5. La tesi “organizzativa”

Avversando gli audaci tentativi del diritto vivente di assegnare posizioni di garanzia pressoché *ad nutum*, di recente è stato proposto in dottrina il conio di un nuovo *archetipo* di responsabilità *commissiva*: quella dell'*organizzatore*.

Il potere di coordinamento dell'attività altrui, lungi dal delineare doveri impeditivi del tutto sprovvisti di base normativa, è stato incanalato nei binari della responsabilità *commissiva colposa*, potendo al più tratteggiare il confine della diligenza doverosa. «Il contatto tra due soggetti genera doveri, puramente cautelari e non di garanzia, dunque

¹⁰⁵ Cfr. Cap. V.

irrilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.: tali doveri attengono alla conservazione della reciproca sfera giuridica, tramite condotte negative, di astensione da aggressioni agli interessi altrui, senza che si possa pretenderne di positive (in quanto fenomeno ben diverso dal contratto di fatto)»¹⁰⁶.

La tesi è affascinante perché giustifica la conformazione del rimprovero commissivo non tanto (almeno apparentemente) sull'introduzione di un fattore etiologico successivamente materializzatosi nell'evento, bensì sull'innalzamento del livello di cautela, teso alla salvaguardia dell'incolumità altrui, dovuto, in fondo, all'affidamento riposto dai compresenti alla corretta esecuzione dell'attività dell'*organizzatore*.

Si propone allora l'esempio del guidatore di una motoslitte che si offra di scortare a valle un gruppo di escursionisti nei quali si sia imbattuto, i quali, durante la discesa, subiscano un infortunio. E si osserva come il diritto vivente opti, in un caso del genere, per la configurazione di una posizione di garanzia assunta di fatto, in forza di un rapporto contrattuale a titolo gratuito¹⁰⁷. Ebbene, si evidenzia come, in tale ipotesi, risulti «più corretto ritenere che la responsabilità non sia omissiva, ma commissiva colposa, in funzione di una reciproca relazione che fonda doveri cautelari relazionali, quali quelli che in funzione dell'affidamento generato in capo agli escursionisti in ragione delle maggiori competenze ed esperienza dei luoghi, avrebbero dovuto indurre il capo discesa a ridurre la velocità e/o illuminare meglio con il faro il percorso, in modo da prevenire un eccesso di confidenza nella discesa e in generale un'assunzione di pericoli più ampia del dovuto»¹⁰⁸.

Per quanto apparentemente lontane negli enunciati di fondo, la tesi che abbiamo proposto e quella in esame paiono invero pervenire – nella sostanza – ai medesimi risultati.

D'altro canto, nella nostra visione, argomento dirimente per la conformazione attiva del rimprovero è quello – enunciato solo qualche rigo più avanti – secondo cui il fatto

¹⁰⁶ Cfr. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 406.

¹⁰⁷ In dottrina, riportandosi all'istituto della gestione di affari altrui di cui agli artt. 2028 ss. c.c., per tutti, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 272 ss., il quale ritiene però di dover individuare il requisito deputato a circoscrivere la rilevanza penale degli obblighi assunti su base volontaria nell'aumento del rischio per il bene da proteggere, sebbene successivamente precisando che «se però in concreto mancava la possibilità che altri intervenissero (se, per esempio, il soccorso del ferito è avvenuto in una zona assolutamente deserta), non essendovi stato in concreto un aumento del rischio per il bene da proteggere, è da escludere la sussistenza di una posizione di garanzia del soccorritore, e l'eventuale responsabilità penale (in caso di interruzione di attività di soccorso) dovrà essere valutata ad altro titolo».

¹⁰⁸ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 407. Riconduce le ipotesi di assunzione volontaria della situazione di rischio alla responsabilità omissiva, invece, M. MANTOVANI, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in *Arch. pen.*, 15 gennaio 2020, p. 6.

sarebbe *commissivo*, attesa l'«induzione, anche per fatti concludenti, di altri ad assumere un rischio *che diversamente non avrebbero affrontato*»¹⁰⁹. Detto altrimenti: il fatto sarebbe *commissivo* in quanto il guidatore avrebbe introdotto un fattore etiologico, altrimenti assente, culminato nella realizzazione dell'offesa.

In tal guisa, l'affidamento riposto nell'*organizzatore* potrebbe assumere duplice valenza:

i) sul piano causale, attesterebbe l'incidenza della condotta sul percorso etiologico realizzatosi, così delineando i propri tratti *commissivi*;

ii) sul piano colposo, modellerebbe diversamente (innalzando il livello di sicurezza) le regola cautelari a governo del rischio che compete a chi organizza (di fatto o di diritto) l'attività.

Come vedremo, i profili colposi della condotta dell'*organizzatore* spiegheranno i propri effetti, nel settore oggetto del presente studio, quando verrà valutata l'opportunità, *de iure condendo*, di introdurre una fattispecie colposa, tesa a sanzionare l'organo di vertice per la mancata predisposizione (o il malfunzionamento) di rimedi volti a rimuovere in tempi celeri il contenuto illecito pubblicato da terzi sul proprio server o sulla propria piattaforma.

Diverso, ma solo nel percorso argomentativo, ci pare invece il caso in cui gli «addetti ad un laboratorio di analisi di un ospedale che dovrebbero vigilare sul corretto accoppiamento tra risultati diagnostici compiuti dai colleghi biologi e reperti inviati dai sanitari dei vari reparti [...] per dimenticanza e distrazione non intercettassero un errore di allineamento e dunque facessero pervenire in reparto un'analisi che poi motivasse il medico ad un intervento inadeguato con esito letale»¹¹⁰, lasciando intatta la patologia in atto¹¹¹.

In questo caso, la qualificazione come *commissiva* della condotta, a nostro modesto avviso, non potrebbe dipendere tanto dalla complessità del «monitoraggio in continuo, [né dal fatto che si tratta di] un'attività composta di assunzione di informazioni, formulazione di domande, esame di documenti»¹¹². Piuttosto, ci pare che la valorizzazione del paradigma *attivo* sia dovuta alla sostanziale sovrapponibilità di queste ipotesi con quelle di

¹⁰⁹ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 408 (n.d.a.).

¹¹⁰ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 409.

¹¹¹ Qualora l'errore del medico non confluisca in una mancata rimozione del fattore etiologico, bensì in una concretizzazione di quello derivante dagli addetti al laboratorio, infatti, non vi sarebbero dubbi nell'identificare entrambe le condotte come attive.

¹¹² F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 409.

“impedimento del salvataggio da parte del garante”¹¹³. Vero è che l’operato di tali soggetti non incide sul fattore etiologico (naturale) che si materializza nell’evento; vero è anche, però, che questi, *in un contesto plurisoggettivo* non caratterizzato dall’esclusivo binomio vittima-soggetto attivo¹¹⁴, impediscono al garante di assumere le determinazioni necessarie per l’impedimento dell’evento.

Due ci paiono quindi le maggiori differenze con il caso precedente.

La prima è che difficilmente gli addetti al laboratorio potrebbero essere considerati veri e propri “organizzatori”, a patto che non si voglia attribuire tale qualifica a chiunque svolga un’attività dotata di (più o meno ampi) margini di complessità. Essi, infatti, non paiono orchestrare condotte altrui: se ben si comprende, le loro mansioni sembrerebbero concretarsi in un frammento di attività che si inserisce nella complessa catena di lavorazione ospedaliera.

La seconda, più rilevante ai nostri fini, è che, dal punto di vista oggettivo, questi secondi soggetti non avrebbero introdotto alcun fattore causale tradottosi nell’offesa: al contrario, non lo avrebbero rimosso. Ciò non di meno, mediante il proprio operato, essi avrebbero comportato l’impossibilità per il garante di adempiere al proprio dovere salvifico, così *incidendo positivamente sulla condotta (omissiva) di quest’ultimo*.

La soluzione dovrebbe valere, a maggior ragione, se, in ipotesi, gli addetti al laboratorio avessero assunto condotte positive ulteriori, volte a determinare il medico a compiere la cura rivelatasi poi fatale. Si pensi, ad esempio, al caso in cui essi non si fossero limitati a non intercettare il fattore di rischio, ma avessero aggiunto consigli e indicazioni orientate proprio in quella direzione.

6. *L’adattamento del criterio in ambito “relazionale”*

Proprio l’attenzione riservata dalla teoria “organizzativa” alla capacità di *indurre* altri a far affidamento sulla capacità di coordinamento altrui e, quindi, di determinare il comportamento di terzi pone in luce il profilo di *relazionalità* insito in tali condotte.

¹¹³ Cfr. *infra*, § 6.2.

¹¹⁴ Cfr. prossimo §.

Assai di rado nella vita quotidiana – d’impresa (qual è quella del *provider*) e non – è dato imbattersi in catene causali completamente “naturali”, ovvero indipendenti dalla volontà altrui. Quasi sempre, il fattore causale inserito passa per un più o meno ampio segmento di volontà altrui (della vittima stessa o di un terzo).

È il caso succitato del soccorritore che *induce* gli escursionisti a far affidamento sulle sue capacità e, quindi, ad intraprendere un comportamento che, in sua assenza, non avrebbero tenuto. Così come quello del lavoratore che svolge le proprie mansioni su una macchina concessa in uso dal datore, ma priva dei necessari dispositivi di sicurezza. O, ancora, del consulente che, chiamato dai soggetti interni al *provider* a valutare la liceità del contenuto da analizzare, li convinca erroneamente della sua irrilevanza penale, così determinandoli a non rimuoverlo.

Nei casi enunciati, le vittime e l’operatore economico godono inevitabilmente di margini di discrezionalità nell’esecuzione del comportamento e, ancor prima, nella scelta di intraprendere quella determinata attività. Ed è questo il motivo per cui si dovrà inevitabilmente fare i conti, nella valutazione circa l’eventuale inserimento di un fattore etiologico, con l’*inquinamento* della scena determinato dalla componente volontaristica altrui. Ciò non deve stupire, ma porta a conformare la tesi in esame alla natura *relazionale* dei comportamenti umani.

Distinguiamo due insiemi di casi:

i) un primo, nel quale vi è (o vi dovrebbe essere) una struttura organizzativa *volta* ad intercettare o a mitigare gli effetti di un fattore etiologico auto- o etero-introdotto;

ii) un secondo, in cui la *relazionalità*, da cui nasce l’affidamento nel corretto operato altrui, emerge in via contingente¹¹⁵.

Ebbene, nel primo caso si assisterà *fisiologicamente* ad una omissione, salvo invero da parte di chi ha determinato l’introduzione del fattore causale (qualora chiaramente non abbia fonte naturale). Nel secondo ad una azione: è proprio la natura contingente ed estemporanea della situazione ad orientare verso il compimento di una attività che, altrimenti, sarebbe stata evitata.

¹¹⁵ La configurabilità di una colpa organizzativa anche al di fuori di contesti gerarchizzati viene evidenziata da F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 401, il quale la riconduce anche ad «ogni attività collettiva, anche estemporanea, che sia svolta con una rudimentale interazione coordinata tra più persone e che generi un rischio contingentemente non consentito perché in violazione di cautele (dalla battuta di caccia condotta senza le necessarie misure di sicurezza, alle gare automobilistiche clandestine, alla escursione in montagna senza le dovute attrezzature e così via)».

Il primo gruppo è a propria volta distinguibile in due macro-categorie:

a) quella in cui il fattore etiologico rilevante è etero-introdotta: si pensi all'attività di una struttura sanitaria, tesa per propria natura ad interrompere decorsi causali in atto. Diversa, naturalmente, l'attività del *provider*: deputata a fornire il servizio di accesso, memorizzazione di media o lunga durata di dati;

b) quella in cui il fattore causale che sfocia nell'evento è auto-introdotta, tendenzialmente dagli organi apicali: è il caso, ad esempio, della decisione di compiere una determinata iniziativa economica, che richiede, come visto, il suo modellamento alla stregua dei parametri imposti dalla legge.

Nei casi *sub a)*, si assisterà tipicamente ad ipotesi *omissive*, salvo naturalmente che i soggetti collocati nella catena volta all'impedimento plurisoggettivo dell'offesa inseriscano fattori etiologici ulteriori, tali da aggravare quello in atto o impediscano, mediante la propria attività, ai garanti di evitare l'offesa.

Un discorso analogo potrebbe essere svolto in relazione ai casi *sub b)*, fatta eccezione per i soggetti che abbiano concorso a determinare la situazione di rischio poi materializzatasi nell'offesa o ad impedire l'intervento salvifico del garante.

6.1. Causalità e relazionalità

La determinazione della tipicità sulla base del criterio causale spinge ad interrogarsi sulla reale portata euristica dello stesso al cospetto di fenomeni *relazionali*, ovvero connotati da un contesto plurisoggettivo.

Ben note sono le criticità derivanti dalla trasposizione dell'accertamento etiologico inteso in senso tradizionale all'*agire collettivo*. Nei contesti plurisoggettivi, il rapporto di causalità che lega i singoli contributi fallimentari rispetto all'iniziale obiettivo di impedimento dell'offesa si allontana dal modello generalizzante di *sussunzione sotto leggi scientifiche* per rifarsi ad un modello, in un certo senso, più *individualizzante*¹¹⁶.

¹¹⁶ Sul punto, per tutti, G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 563 ss., altresì valorizzando l'incertezza in merito all'individuazione del termine di paragone per la qualificazione "causale" di un contributo.

Si pensi al settore del diritto penale della sicurezza del lavoro: vero e proprio «“laboratorio” di sperimentazione di soluzioni teoriche di “parte generale” del diritto penale»¹¹⁷. Nessuna legge scientifica è in grado di qualificare come autentiche *cause* di un infortunio i difetti di diligenza che si sono succeduti nella gestione del rischio. E ciò poiché, sul piano controfattuale, si rimarrebbe ineluttabilmente esposti alla possibilità che il “garante” successivo – da ultimo, il lavoratore – non adempia agli obblighi imposti dalla legge o agli ordini impartiti dai propri superiori.

È stato dunque condivisibilmente osservato che, nel contesto *relazionale*, «ogni condotta è frutto di scelte, di iniziative ‘liberamente’ intraprese, che escludono, per definizione, quella ‘ripetibilità’ del processo eziologico secondo una legge scientifica in grado di esprimere, deterministicamente (in tutti i casi, o in chiave ‘probabilistica’, non interessa) un nesso di derivazione constatabile *in rerum natura*»¹¹⁸.

Il paradigma causale, nel contesto collettivo, non potrà dunque pretendere di essere ricondotto ad una generalità di casi, in cui il rapporto causa-effetto viene determinato sulla base di regolarità statistiche, per loro natura incompatibili con il margine di autonomia assegnato all’agire umano. Ciò che importa è che vi sia un «riscontro materiale, *per facta*, dell’*effettività* del contributo del partecipe, nel senso di un suo reale inserimento nella dinamica della concreta attuazione criminosa. Si tratta, cioè, di accertare se il partecipe abbia messo “qualcosa di suo” nella realizzazione criminosa, rendendola quindi *parzialmente propria*»¹¹⁹.

¹¹⁷ D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 307.

¹¹⁸ G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2020, p. 4. Osservava come «per far fronte alla crisi del modello tradizionale di causalità [...] e per semplificare l’ardua individuazione dell’autore del reato, si finisce per radicare la responsabilità omissiva sulla mancata eliminazione o diminuzione di elementi di rischio» già A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 597.

¹¹⁹ L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 76 s., la cui ultima considerazione è ripresa anche da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 51. Non pare troppo distante dalla tesi richiamata nel testo anche la posizione di G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, cit., p. 570, il quale osserva che «l’applicazione della *csqn* debba anzitutto confrontarsi con il termine di riferimento del rapporto causale. Nel concorso di persone esso deve individuarsi nel fatto realizzato in concreto, da intendersi come complessiva *organizzazione dell’impresa delittuosa*. [...]. Sarà la precisa incidenza della condotta sul piano organizzativo a stabilirne la rilevanza concorsuale». Invero, già in ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, v. *online*, par. 9, p. 29, precisava che «acquisizione politico-criminale, pertinente al significato basilare del momento associativo e valenza tecnica del concetto di organizzazione, mi pare riescano a sovrapporsi utilmente: alle ragioni, certo più generali rispetto alla specifica ricerca penalistica, della intrapresa collettiva, corrisponde un momento, materialmente afferrabile. Quella “macchina”, finalizzata alla realizzazione del reato, più potente dell’iniziativa del singolo, in cui quest’ultimo inserisce, tra le altre, la propria condotta». E ancora: «è su di essa che occorre concentrare l’attenzione. Ci pare così evidente come l’elemento organizzazione si stagli in modo nitido da ciò che è qualificato evento del reato. Esso raccoglie e sintetizza i frammenti dell’agire collettivo polarizzati a quel risultato, ma da

Nella nostra visione, dunque, commissivo è il contributo di colui che abbia partecipato attivamente alla realizzazione dell'illecito, incidendo sulla catena causale o, meglio, *strumentale* poi sfociata nell'offesa. Omissivo è il comportamento di chi, benché astrattamente parte di questa sequenza, non ha materialmente inciso sullo svolgimento del processo culminato nell'evento (o lo ha condizionato solo indirettamente, non tenendo il comportamento dovuto), salvo che la sua *inattività* non si traduca nell'impossibilità per il garante di impedire l'offesa.

6.2. *L'interruzione del salvataggio: il caso Airedale NHS Trust vs. Bland*

Per completezza, concludiamo la trattazione teorica con qualche considerazione riguardante le (discusse) ipotesi di impedimento o interruzione del decorso salvifico¹²⁰.

Il ragionamento prende le mosse dal caso Bland, giudicato nel 1993 dalla House of Lords.

Tifoso del Liverpool tristemente coinvolto nel disastro di Hillsborough del 15 aprile 1989, nel quale rimasero coinvolte mortalmente 96 persone, Anthony Bland aveva subito danni irreparabili alla corteccia celebrale che lo avevano costretto in stato vegetativo. Accertata l'assoluta irreversibilità delle condizioni mediche e l'assenza di qualsivoglia prospettiva di miglioramento, gli addetti alle cure avevano rilevato l'opportunità di interrompere l'alimentazione artificiale e il supporto vitale. Si dipanò così un processo civile volto a stabilire se potessero essere interrotte le medicazioni a Bland, conclusosi definitivamente con una sentenza favorevole della House of Lords: il Tribunale inglese di ultima istanza del tempo.

Elemento determinante per la risoluzione del quesito era la corretta comprensione della natura della condotta di cessazione del sostegno vitale. Qualora fosse stata qualificata in termini commissivi, infatti, i medici sarebbero incorsi nella realizzazione del reato di

quest'ultimo è necessariamente distinto in termini sia cronologici sia ontologici. È interessante notare come questa diversità colori in modo preciso la peculiare autonomia dell'illecito in concorso».

¹²⁰ In astratto, l'interruzione o l'impedimento del decorso salvifico potrebbero assumere significato, nell'ambito della responsabilità del *provider*, solamente qualora si consideri l'ISP come dotato di una posizione di garanzia e la "mancata rimozione" del contenuto illecito quale condotta omissiva. Tesi, tuttavia, da noi avversata. Sulla problematica, in generale, D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., pp. 73 ss.

omicidio doloso. Alla sua configurazione in termini omissivi, invece, sarebbe potuta conseguire l'irrelevanza penale del comportamento: si sarebbe potuta dichiarare la cessazione del dovere di proseguire le cure in quanto non più volte nel migliore interesse del paziente¹²¹.

Chiaro, in proposito, il ragionamento sviluppato da Lord Mustill:

«(i) La cessazione della nutrizione e dell'idratazione è un'omissione, non un atto.

(ii) Di conseguenza, tale cessazione non costituirà un reato, a meno che i medici non abbiano un dovere attuale di continuare il regime.

(iii) Nel momento in cui Anthony Bland è entrato in cura, dovevano essere prese decisioni in sua vece riguardo alla sua assistenza. In conformità a *In re F.* [1990] 2 AC 1, queste decisioni dovevano essere prese nel suo miglior interesse. Poiché vi era ancora la possibilità di una sua ripresa, il suo miglior interesse richiedeva che fosse sostenuto nella speranza che ciò accadesse. Questo giustificava l'applicazione del regime necessario senza il suo consenso.

(iv) Ora, però, ogni speranza di recupero è stata abbandonata. Quindi, sebbene la cessazione della sua vita non sia nel miglior interesse di Anthony Bland, anche il suo interesse a essere mantenuto in vita è venuto meno, e con esso la giustificazione del regime imposto senza consenso e il correlativo dovere di mantenerlo.

(v) Poiché non esiste più alcun dovere di fornire nutrizione e idratazione, la mancata somministrazione non può costituire reato»¹²².

Nonostante la centralità del quesito, ciò che pare trasparire dalle argomentazioni dai giudici della House of Lords è l'assoluta illogicità che verrebbe in rilievo nel voler considerare la cessazione di un trattamento come azione. In effetti, in nulla si distinguerebbe tale condotta dalla mancata presa in cura iniziale. Sarebbe dunque tale argomento a condurre alla qualificazione in termini omissivi del comportamento.

¹²¹ In Italia, la Corte cost. 25 settembre 2019, n. 242, in www.cortecostituzionale.it, è pervenuta alla dichiarazione di illegittimità parziale dell'art. 580 c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

¹²² House of Lords, *Airedale N.H.S. Trust respondents and Bland appellant*, 4 febbraio 1993, n. 789.

Evidenzia, ad esempio, Lord Goff of Chieveley: «concordo sul fatto che la condotta del medico di interrompere il supporto vitale possa correttamente essere classificata come un'omissione. È vero che può risultare difficile descrivere ciò che il medico effettivamente fa come un'omissione, ad esempio quando egli compie un atto positivo per porre fine al supporto vitale. Ma la sospensione del supporto vitale, ai fini presenti, non è diversa dal non avviarlo sin dall'inizio. In entrambi i casi, il medico sta semplicemente permettendo al paziente di morire, nel senso che si astiene dal compiere un passo che, in determinate circostanze, avrebbe potuto impedire che il paziente morisse a causa della sua condizione preesistente; e, come principio generale, un'omissione di questo tipo non sarà illecita a meno che non costituisca una violazione di un dovere verso il paziente»¹²³.

La soluzione può essere condivisa. Non diversamente da quanto accade qualora si intenda fondare una posizione di garanzia su una precedente attività pericolosa, ove non si coglie la rilevanza commissiva dell'attività antecedente, anche in questo caso, considerare l'interruzione del sostegno vitale quale *azione* significherebbe dimenticare la propria previa condotta, solo in un secondo momento deprivata di significato.

D'altro canto, volendo ragionare in termini *causali*, la seconda condotta non introdurrebbe alcun nuovo fattore etiologico, ma si limiterebbe a riattivare quello già naturalmente presente.

Inoltre, la soluzione "commissiva" si rivelerebbe illogicamente iniqua per il soggetto attivo: egli sarebbe infatti assoggettato ad un trattamento di sfavore sol perché ha inizialmente (e doverosamente) adempiuto al proprio obbligo¹²⁴.

¹²³ House of Lords, Airedale N.H.S. Trust respondents and Bland appellant, 4 febbraio 1993, n. 789.

¹²⁴ Valorizzando la portata dell'art. 32, comma 2, Cost. e ponendosi nell'ottica del destinatario del trattamento – innanzi al quale la condotta risulterebbe assolutamente identica – propende per la soluzione omissiva anche C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1145 ss., in part. 1156 ss. Conclude l'A., dopo aver sottoposto a critica le statuizioni del GUP sul caso Welby, «tirando le fila del discorso sin qui svolto e riepilogando, alla luce della soluzione privilegiata, che qualifica la condotta come *omissione dell'ulteriore trattamento*, potrebbe dirsi elisa la stessa tipicità del fatto, così da escludere in radice – e cioè già a livello di fatto tipico – la punibilità delle ipotesi di interruzione o sospensione di terapie non più assentite dal paziente. Se il fondamento dell'omissione penalmente rilevante risiede, come è noto, nell'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento (*ex art. 40, co. 2 c.p.*) – *in questo caso*: impedire la morte mediante la ventilazione meccanica, previo consenso informato del paziente –, è allora innegabile che con il dissenso alla prosecuzione del trattamento manifestato dal paziente – espressione del diritto costituzionalmente garantito agli artt. 13 e 32, co. 2 – venga meno il *dovere di agire* del medico e quindi il suo obbligo di garanzia di proseguire quei trattamenti finalizzati ad impedirne la morte» (p. 1170). Perviene invece all'opposta conclusione, considerando la valenza naturalistica del comportamento, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., p. 56 s. Lasciano aperta la questione, credendo che la soluzione dipenda dall'attenzione riposta alla "situazione causale" morbosa o del mantenimento in vita per via artificiale, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 221.

Più interessante, riprendendo quanto osservato in relazione alla tesi “organizzativa”, sarebbe invece la qualificazione della condotta del terzo che impedisce o interrompe il salvataggio da parte del garante.

La questione viene puntualmente sollevata dal James Munby Q.C. (Official Solicitor): «una persona malvagia che spegne l'interruttore di alimentazione di un polmone d'acciaio contenente un paziente è colpevole di omicidio, non perché abbia alcun dovere nei confronti del paziente, ma perché ha deliberatamente tolto la vita al paziente»¹²⁵.

Il caso rientra tra le insidiose ipotesi di interruzione del salvataggio, ad oggi insuscettibili, al pari di quelle di impedimento dello stesso, di pervenire ad approdi condivisi¹²⁶.

In tali casi, il ragionamento svolto in merito alla causalità in ambito *relazionale* potrebbe giustificare la ricomprensione di tali ipotesi tra quelle *commissive*. È vero che la condotta del malintenzionato non fa altro che riattivare, dal punto di vista naturalistico, il fattore causale inizialmente intercettato o impedire al garante di intercettarlo. È altrettanto vero, però, che tali comportamenti incidono *positivamente* sulla dimensione etiologica plurisoggettiva, pur impedendo ora la prosecuzione del salvataggio, ora il suo inizio.

La soluzione, in ogni caso, andrebbe senz'altro approfondita.

Benché senza dubbio coerente, non convince del tutto, per i drastici risultati a cui perviene, la soluzione presentata da chi ritiene che «il criterio della effettiva incidenza sul decorso causale che abbiamo valorizzato porta a catalogare *tutti questi casi nel novero dei reati omissivi*, poiché l'incidenza dell'azione ostacolatrice sul fattore salvifico fa sì che l'evento venga causato dal fattore originale e che il garante abbia fallito il suo impedimento»¹²⁷. Ciò porterebbe infatti, in difetto di una posizione di garanzia dell'interventore

¹²⁵ House of Lords, Airedale N.H.S. Trust respondents and Bland appellant, 4 febbraio 1993, n. 789.

¹²⁶ Ritiene comunque che, ad onta del giudizio ipotetico nell'accertamento causale, la soluzione pressoché concorde sia quella di considerare queste ipotesi come *commissive* M. SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, cit., pp. 27 ss., cui si rinvia anche per i rimandi alla dottrina tedesca. Depone per la medesima soluzione altresì M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., p. 56 s., il quale osserva che, in tali ipotesi, il terzo «ha agito con condotta attiva, senza “omettere” alcunché (ma anche senza “innescare” un processo di interazione di forze o energie derivanti dal suo fare, essendo l'autonomo decorso patologico della vittima a produrre “da sé” l'evento: analogamente al caso di scuola di chi impedisca al bagnino di soccorrere l'inesperto nuotatore in difficoltà). Occorrerà anche qui [...], una probabilità vicina alla certezza sul condizionale congiuntivo riferito all'*hic et nunc* dell'evento, vertendosi in tema di accertamento “basico” del nesso di condizionamento ai sensi dell'art. 40, comma 1, c.p.».

¹²⁷ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., p. 74.

o di chi impedisce il salvataggio, a considerarli del tutto sprovvisti di qualsivoglia responsabilità; e ciò quand'anche venga dimostrato che le *chances* di salvezza del bene protetto sarebbero state pari ad 1.

7. (segue) *I risvolti della tesi causale sulla qualificazione del contributo del provider*

Quanto osservato porta inevitabilmente a considerare come *commissiva* la condotta del *provider* nei casi di consapevole mancata rimozione di informazioni vietate caricate da terzi.

Dal punto di vista *ex ante*, ovvero ancor prima che il contenuto illecito venga reso pubblico, il servizio offerto non è altro che lo *strumento* utilizzato dall'utente per commettere il reato.

Dal punto di vista *ex post*, ovvero una volta che il contenuto sia stato pubblicato in rete, esso contribuisce alla sua diffusione, permettendo, ora attraverso meccanismi automatizzati, ora lasciandolo accessibile al pubblico, la sua proliferazione.

In entrambi i casi, la *strumentalità* del suo contributo rispetto alla commissione (o all'approfondimento dell'offesa) del reato altrui appare innegabile.

Ciò, d'altro canto, dovrebbe essere confermato anche qualora si volesse ritenere l'illecito dell'utente consumato mediante il suo primo caricamento in rete. Benché, come si vedrà, siffatta concezione non pare rispondere alla (necessaria) valorizzazione dell'approfondimento dell'offesa, accompagnata dalla disponibilità per l'autore del contenuto di rimuoverlo, il suo mantenimento *online* potrebbe fungere da presupposto (*strumentale*, appunto) alla successiva ripubblicazione dello stesso, sul medesimo o su diversi portali e, così, alla commissione di ulteriori reati.

La considerazione, beninteso, potrebbe astrattamente ritenersi valorizzabile per qualsivoglia tipologia di servizio offerto – di *access*, *mere conduit*, *caching* e *hosting* –, sebbene, come si vedrà a breve, sia sull'attività di memorizzazione di media o lunga durata di dati che occorrerà concentrare l'attenzione.

In tal guisa, quantunque conservando una propria componente *omissiva*, la condotta consistente nel *non aver rimosso* o *impedito l'accesso* ad un contenuto illecito dovrà

inevitabilmente essere inquadrata nel paradigma *commissivo*¹²⁸. D'altro canto, essa pare del tutto assimilabile alla fornitura continuativa di energia elettrica, di gas o di acqua: condotte alle quali non parrebbe potersi negare l'attribuibilità di siffatta qualifica.

La possibilità per il *provider* di andar esente da responsabilità rimuovendo o inabilitando l'accesso al contenuto illecito non appena ne venga a conoscenza – dichiarata normativamente, da ultimo, all'art. 5, sebbene con le precisazioni già effettuate, e 6 DSA – altro non è che la via per dar concreta applicazione al principio di colpevolezza. Essa non determina la conversione di una condotta “strumentalmente” attiva in omissiva.

8. Concorso di persone ed attività neutrali: le ricadute della natura lecita del servizio sulla responsabilità del fornitore

Dimostrata la natura commissiva della condotta del *provider*, rimangono da valutare le possibili ricadute connesse alla liceità del servizio prestato¹²⁹.

La questione richiama alla mente l'annosa ricerca del confine di rilevanza penale delle c.d. azioni neutrali, ovvero di quei comportamenti di per sé leciti e non disapprovati dall'ordinamento, che nondimeno «possono colorarsi di illiceità a contatto con altre condotte»¹³⁰.

Solo accennata – salvo eccezioni – nelle trattazioni nazionali¹³¹, la tematica ha riscontrato ampio interesse nella dottrina d'oltralpe, che oscilla tra approcci *oggettivistici*

¹²⁸ Cfr. anche V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2013, p. 182.

¹²⁹ Una particolare attenzione a siffatto profilo viene riservata anche da V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., pp. 175 ss.

¹³⁰ G. INSOLERA, *Altri reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera e L. Zilletti, Giuffrè, Milano, 2009, p. 273. Una considerazione analoga a quella svolta nel testo viene richiamata da G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 27 dicembre 2022, p. 8.

¹³¹ Cfr., con vario grado di approfondimento, C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano Editore, Napoli, 1966; G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Cedam, Padova, 1969; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 275 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I ed., Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 693 ss.; M. BIANCHI, *La “complicità” mediante condotte “quotidiane” – Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 37 ss.; M. MASUCCI, *Sul “rischio penale” del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Jovene, Napoli, 2012; M. HELFER, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a*

puri, misti e soggettivi, in base al valore che si intende assegnare alle componenti considerate oggettive (es. rischio consentito e relativa competenza a gestirlo; adeguatezza sociale; solidarizzazione dell'illecito, misurata in base alla prossimità al fatto, temporale ed etiologico; bilanciamento tra libertà di agire e tutela dei beni giuridici; peso da assegnare al *Vertrauensgrundsatz*), o soggettive (es. dichiarata esclusione del dolo eventuale o irrilevanza del sospetto; grado di influenza sulla psiche dell'autore; distinzione tra certezza in merito alla successiva commissione del reato o mera possibilità/probabilità circa la successiva realizzazione)¹³². Superfluo evidenziare come in siffatte disquisizioni un peso fondamentale venga assunto dalla volontà – *lato sensu* politico-criminale – di imporre, a soggetti consapevoli che la propria condotta risulterà decisiva per la commissione di uno o più reati, di arrestarla.

Così, si fatica a riconoscere che il 'noto' venditore d'armi possa andar esente da responsabilità pur nella consapevolezza dei propositi criminosi del proprio cliente; e lo stesso potrebbe dirsi in relazione al soggetto che cede il cacciavite a colui che sa andrà a realizzare un furto con scasso; o al tassista che, durante il viaggio, diviene edotto che il proprio cliente è diretto nel luogo stabilito per l'omicidio.

Ciò che nella maggior parte dei casi si vuole evitare è un «capovolgimento di prospettiva, per effetto del quale la *Rechtsgüterschutz* diverrebbe – nell'ambito qui considerato – finalità meramente secondaria dello *ius terribile*, chiamato invece a tutelare in via immediata l'*aspettativa* di rimanere impunito in capo a chi esercita una determinata attività socialmente approvata, senza peraltro potersi affermare il primato delle libertà individuali, giacché l'arretramento nella protezione dei beni giuridici aggredibili dall'autore di un reato che beneficia di un'agevolazione "neutrale" corrisponde alla precisa scelta di normativizzare i "ruoli" sociali, cristallizzandoli al punto da strumentalizzare l'individuo»¹³³.

Con riguardo alle ricadute della problematica sulla responsabilità dei *providers* è opportuno distinguere due segmenti della sua condotta:

confronto, a cura di M. Ronco, M. Helfer, Cedam, Padova, 2017, p. 115 ss.; E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, cit., *passim*.

¹³² Per un catalogo ragionato degli orientamenti dottrinali d'oltralpe, da ultimo, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, cit., pp. 94 ss.

¹³³ E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni "neutrali"*, cit., p. 100 s.

i) la messa a disposizione del proprio servizio, che costituisce un contributo strumentale per il caricamento del contenuto illecito in rete e, quindi, per il perfezionamento del reato;

ii) la mancata cancellazione (o impedimento dell'accesso) delle (o alle) informazioni lesive (*rectius* il mantenimento del contenuto illecito sul proprio *server*).

È sul primo segmento della condotta astrattamente suscettibile di rimprovero che parrebbe appuntarsi tutta la rilevanza del dibattito sulle *neutrale Handlungen*. Se, infatti, si discute in merito alla possibilità di sanzionare un soggetto che abbia contezza (o la potrebbe ragionevolmente avere) della successiva commissione dell'illecito da parte di un terzo, sarebbe difficile dubitare che dal momento di commissione dell'illecito in avanti il contributo “neutrale” non debba cessare di essere considerato tale, per assumere i connotati di piena *illiceità*.

8.1. *La messa a disposizione ex ante del servizio*

Procedendo con ordine, e riprendendo quanto già espresso *supra*¹³⁴, a noi pare che la responsabilità del fornitore nelle ipotesi *sub i)* vada esclusa in forza della sola liceità del servizio prestato: beninteso, qualora questo rimanga nei margini di rischio consentito.

A prescindere da qualsivoglia coefficiente soggettivo (effettivo o potenziale) in merito alla commissione di un reato altrui, il *provider*, in quanto esercente un'attività non disapprovata dall'ordinamento, non attiverebbe alcun rischio illecito con la propria condotta¹³⁵. L'*accessorietà* del proprio contributo alla successiva realizzazione dell'illecito dell'utente non potrebbe valere, *ex post*, a rendere illecita una attività che, *ex ante*, era stata consentita dall'ordinamento, benché in presenza di determinate cautele. Ragionare diversamente significherebbe assegnare surrettiziamente una posizione di garanzia in capo al *provider*, il quale invece, come ampiamente evidenziato, ne è del tutto sprovvisto.

¹³⁴ Cap. II, § 2.2.2, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

¹³⁵ Concentrando l'attenzione sulla valutazione della competenza per il rischio, considera tale situazione un dato fisiologico in ambito concorsuale G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, cit., pp. 74 ss., il quale ritiene di dover ‘contestualizzare’ la condotta del partecipe per poterne valutare il ‘senso delittuoso’ e, quindi, la disapprovazione dell'ordinamento.

Quantunque non possa sostenersi, ragionando in termini di *competenza per il rischio*¹³⁶, che l'ISP non sia tenuto a gestire il rischio di commissione dei reati da parte degli utenti¹³⁷, una volta apprestati i presidi richiesti dall'ordinamento, la sua azione rimarrà confinata nell'ambito della liceità e, conseguentemente, dovrà ritenersi penalmente irrilevante; anche qualora sia risultata indispensabile per la realizzazione del reato.

D'altro canto, è già stato evidenziato come risultino ai confini con i casi di scuola le ipotesi nelle quali si potrebbe rinvenire una consapevolezza del *provider* tale da integrare l'elemento soggettivo richiesto per il concorso: il dolo del *fatto tipico*. Si è infatti osservato come non risulti sufficiente la mera consapevolezza che tramite il proprio servizio potranno essere realizzati reati, così come non è sufficiente che il fornitore del servizio sia a conoscenza della volontà dell'utente di commettere una specifica categoria di reati. Essendo necessario, per l'imputazione dolosa, che ad essere conosciuti siano gli elementi di fatto rilevanti per l'integrazione della norma incriminatrice o, al più, del relativo rischio (che si conforma diversamente a seconda degli indici fattuali che individuano il grado dell'offesa), assai di rado potrà rinvenirsi un coefficiente soggettivo in grado di sostenere una responsabilità concorsuale¹³⁸.

Così, ampliando lo sguardo alle teorie che cercano di aprire alla responsabilità del concorrente a conoscenza (effettiva o potenziale) della realizzazione del reato altrui, e condividendo la tesi di chi osserva come «al di là dell'esatta connotazione del coefficiente psicologico del complice – e in specie del profilo cognitivo, da qualificare in termini di piena *certezza* o riducibile alla mera *probabilità* in ordine all'altrui utilizzo a scopo delinquenziale di apporti qualificabili come “*neutrale Handlungen*” –, il dato di sintesi ricavabile dalla disamina delle tesi dottrinali oggettivistiche (“pure” o “miste”) elaborate

¹³⁶ Cfr., in proposito, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 305, che, in commento al concetto di imputazione jakobsiano, osserva come «la collocazione del *Regreßverbot* nella *objektive Zurechnung* ne fa dunque una istituzione che definisce la planimetria delle competenze attraverso la delimitazione tra rischio consentito e comportamento tipico: si tratta di una teoria dei limiti generali della tipicità, o della tipicità rivista in negativo: non offre una fondazione della responsabilità ma, in negativo, della sua esclusione; in altre parole, da esso non si deducono obblighi giuridici, ma si esplica soltanto quando un comportamento (pur causale e soggettivamente riprovevole) non è sufficiente per rispondere penalmente: tra i diversi candidati all'*entitlement* per l'imputazione, (a prescindere da chi di loro abbia prodotto materialmente l'evento, e dalle personali rappresentazioni che i candidati stessi abbiano) spiega il comportamento di alcuni di essi come non travalicante i limiti dell'*erlaubtes Risiko*, ovvero non concretante gli estremi del fatto tipico incriminato».

¹³⁷ Gli obblighi imposti dal DSA paiono infatti essere diretti in senso contrario, sebbene abbiano ad oggetto la gestione di rischi normativi, non ontologici.

¹³⁸ Cfr. Cap. II, § 2.2.2.

oltralpe è [...] l'impossibilità di fare a meno di considerare profili di *colpevolezza*»¹³⁹, dovrebbe ammettersi che, sul piano soggettivo, tale coefficiente di colpevolezza assai di rado riuscirà a sostenere l'imputazione dolosa del fornitore del servizio.

Inevitabile quindi che debbano sempre essere escluse dall'alveo di rilevanza penale le condotte dell'*access provider*, nonché dei fornitori del servizio di *mere conduit*. Il loro contributo, infatti, riducendosi alla mera facoltà di accesso ad *Internet* o alla sola trasmissione dell'informazione illecita, non potrà che considerarsi come del tutto lecito (e dunque penalmente irrilevante); e ciò sia qualora venga a rilevare nella fase antecedente al perfezionamento del reato, consentendo il caricamento dell'informazione vietata in rete, sia qualora ne permetta successivamente l'accesso.

Coerente allora il dettato dell'art. 4 del DSA, che, riprendendo la formulazione dell'art. 12 dir. CE 2000/31 e 14 d. lgs. 70/2003, prevede che “nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso a una rete di comunicazione, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni trasmesse o a cui si è avuto accesso a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”. Soli in queste ipotesi la condotta del *provider* potrebbe dirsi attivare o aggravare un rischio illecito e, perciò, consentire il rimprovero.

Quanto agli *hosting e ai caching providers*, invece, andranno distinti i momenti di primo caricamento del contenuto sul *server* (penalmente irrilevante) da quello ad esso successivo, consistente nell'omessa rimozione o inibizione dell'accesso. Come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo, esso potrà assumere significato nel momento di conoscenza della realizzazione del contenuto illecito.

8.2. *La mancata rimozione del contenuto illecito (o il suo impedimento dell'accesso)*

Rimane da valutare la possibile influenza che la liceità della fornitura del servizio può esplicare una volta che il reato sia stato realizzato dall'utente.

¹³⁹ E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, cit., p. 115 s.

La dottrina non pare essersi interrogata sulla specifica questione, avendo riservato le proprie riflessioni alla possibilità di ritenere l'autore delle *neutrale Handlungen* responsabile per la *successiva* commissione del reato, ma non per l'intervento concorsuale collocabile nella fase di protrazione dell'illecito ovvero nel tempo successivo a quello di consumazione, indispensabile per la commissione di ulteriori offese.

Ciò si connette ad un assunto di fondo: a seguito della commissione del reato, il contributo continuativo del soggetto di cui si indaga la responsabilità cessa di essere *neutrale*, per assumere i caratteri di illiceità tipici ai sensi della fattispecie plurisoggettiva¹⁴⁰. Da quel momento in poi, non sarebbe più possibile sostenere che nessun rischio illecito sia stato attivato o, ancor meglio, aumentato: la protrazione dell'azione (inizialmente neutrale), se rilevante per la fase di consumazione – in quanto aggravante il *vulnus* arrecato al bene giuridico tutelato –, ovvero strumentale alla realizzazione di ulteriori reati, assume inevitabilmente il carattere di illiceità.

Il mantenimento del servizio da parte del *provider*, benché in astratto consentito, assumerà quindi natura vietata rispetto alla specifica offesa realizzatasi. Il reato dell'utente travolge i margini di rischio consentito, rendendo quel medesimo contributo, in precedenza neutrale, disapprovato dall'ordinamento.

Qualora si voglia considerare l'illecito ancora in fase di consumazione, la prosecuzione del servizio del *provider* amplificherà l'offesa all'interesse tutelato. Nel caso in cui il reato si ritenga consumato mediante il primo caricamento, il mantenimento della disponibilità del contenuto in rete fungerà da fattore necessario per la commissione di nuovi illeciti aventi ad oggetto le medesime informazioni vietate.

Naturalmente, la responsabilità del *provider* dovrà altresì passare per l'accertamento del dolo, in effetti consistente nella difficile prova della conoscenza delle informazioni vietate. Ma, si badi bene, non è siffatta consapevolezza (bensì l'oggettiva realizzazione del reato) a convertire il contributo del *provider* da lecito in illecito: la prima rileva esclusivamente nella fase di imputazione soggettiva dell'illecito¹⁴¹.

¹⁴⁰ Similmente, pur valorizzando il profilo della conoscenza dell'illecito, V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 184, nt. 37.

¹⁴¹ Da annotare, sul punto, è l'opinione di V. TORRE, *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, cit., p. 184, nt. 37, la quale osserva che a risultare determinante sarebbe «il momento in cui si apprende dell'illiceità del contenuto immesso in rete. Se la conoscenza dell'illiceità è antecedente o concomitante alla immissione in rete del materiale pedopornografico – ed in generale a contenuto illecito – la condotta del *provider* integra una normale

Così, l'*hosting provider* potrà rispondere di concorso nel reato del terzo qualora non abbia rimosso il (o disabilitato l'accesso al) contenuto illecito; ma ciò, coerentemente con il dettato dell'art. 6 DSA, solo quando abbia avuto effettiva conoscenza dello stesso, tipicamente attraverso i canali di segnalazione messi a disposizione dei fruitori del servizio.

Riprendendo quanto osservato in precedenza, anche in relazione all'art. 13 direttiva CE 31/2000, poi ripreso dall'art. 5 DSA, il *caching provider* – che continua a fornire l'accesso al contenuto illecito – potrà essere ritenuto responsabile di concorso nel reato dell'utente solamente nel caso in cui egli abbia avuto effettiva conoscenza che le informazioni illecite sono state rimosse dal server in cui si trovavano (o il relativo accesso sia stato disabilitato), ovvero che un'autorità amministrativa o giurisdizionale ne abbia imposto la rimozione ovvero l'impedimento dell'accesso. Ciò a condizione, però, che l'*hosting provider* abbia rimosso il contenuto illecito e che questo sia rimasto salvato sulla *cache* (e dunque disponibile) per un arco di tempo prolungato: ad esempio, qualche ora o giorno. Qualora infatti il prestatore del servizio di memorizzazione di lunga durata di dati (*hosting provider*) non abbia ottemperato all'ordine di rimozione o impedimento dell'accesso, si faticherebbe a ravvisare la strumentalità del contributo del *caching provider* (prestatore del servizio di media durata di dati), in grado di accelerare l'accesso dei visitatori di soli pochi secondi. E ai medesimi risultati si dovrebbe pervenire nelle ipotesi di rimozione dell'*hosting provider* qualora, in forza del peculiare meccanismo di funzionamento del servizio di *caching*, questi assicuri la disponibilità del contenuto in rete per un brevissimo tempo.

Un corretto accertamento del carattere *strumentale* della sua azione assicura che al *provider* venga attribuito il fatto dell'utente come (anche) proprio e, così, il principio di personalità della responsabilità penale¹⁴².

ipotesi di concorso attivo, in quanto egli non avrebbe dovuto assolutamente fornire i servizi di rete. Nel caso in cui il *provider* sia venuto a conoscenza del reato cibernetico in un momento successivo alla sua realizzazione in internet, la condotta di fornitura di servizi diviene illecita, se non adotta le misure per impedire l'accesso. In questo ultimo caso la condotta del *provider*, pur commissiva, si colora di sfumature omissive, legate alla mancata adozione di misure volte ad impedire la diffusione di materiale pedopornografico (o a contenuto illecito) in rete».

¹⁴² Cfr. *infra*, Cap. V, § 5 s.

CAPITOLO IV

IL MOMENTO CONSUMATIVO DELL'ILLECITO *ONLINE*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le peculiarità della condotta dell'utente nel *cyberspace*. – 3. Il reato permanente in senso lato. – 3.1. I criteri di individuazione della *Beendigung*. – 4. Il momento consumativo delle *content-related offences* realizzate *online*. – 4.1. Gli illeciti relativi ai contenuti quali reati istantanei (critica). – 4.2. La costruzione di una nuova forma di manifestazione del reato (critica). – 4.3. La riconducibilità dell'illecito relativo ai contenuti al paradigma del reato permanente in senso lato (accoglimento). – 4.4. (*segue*) Le critiche al richiamo del reato permanente in senso lato (approfondimenti e censure). – 4.4.1. La discontinuità della lesione al bene giuridico. – 4.4.2. Gli effetti dell'automazione sulla diffusione dell'illecito. – 4.4.3. I risvolti problematici della teoria. – 5. Conclusioni (parziali).

1. Premessa

Nella ricerca circa la possibile responsabilizzazione penale del *provider* in via concorsuale con l'utente assume fondamentale rilievo la corretta individuazione del momento consumativo del reato.

Certo, lo si è osservato, anche qualora si volesse attribuire agli illeciti oggetto della presente trattazione la natura di reati istantanei, residuerebbe la possibilità per il fornitore di essere chiamato a rispondere per le successive diffusioni del contenuto, rappresentando esse autonome ipotesi delittuose. In questo caso, però, potrebbero riaffiorare – peraltro in misura amplificata – i dubbi che inficiano la corretta imputazione soggettiva nelle ipotesi di messa a disposizione “preventiva” del servizio¹.

¹ Essi riguarderebbero l'individuazione dell'utente autore della futura ricondivisione del contenuto e le coordinate temporali e spaziali della stessa. Si ricordi, inoltre, che, ai sensi degli artt. 5 e 6 DSA, deve ritenersi insufficiente un dolo eventuale da parte dell'ISP, il quale, in tal guisa, dovrebbe quindi essersi rappresentato con certezza (o quasi certezza) la ripubblicazione del contenuto (secondo le movenze del dolo diretto). Sull'oggetto del dolo dell'ISP cfr. *supra*, Cap. II, § 2.2.2.

È noto infatti che l'individuazione del momento di consumazione *materiale* del reato rilevi almeno per:

- i) la determinazione del termine di prescrizione e per la proposizione della querela;
- ii) l'individuazione del *locus commissi delicti*;
- iii) l'ammissibilità di una responsabilità concorsuale nei confronti dei soggetti che intervengono tra la fase di consumazione formale (o perfezione) e sostanziale del reato²;
- iv) la chiamata in causa dei criteri che regolano il concorso di reati e il concorso apparente di norme.

Qualora si volesse ritenere l'illecito dell'utente consumato con il primo caricamento del contenuto vietato in rete, non vi sarebbe dunque spazio per alcuna forma di responsabilità del *provider* (rispetto a quello specifico reato). L'eventuale mancata rimozione dell'informazione lesiva di cui fosse venuto nel frattempo a conoscenza – ad es. tramite i canali di segnalazione che il DSA prescrive di adottare – costituirebbe un mero *post factum*, irrilevante per il rimprovero penale.

Nel prosieguo del Capitolo saranno allora approfonditi gli specifici connotati assunti dall'azione dell'utente rispetto all'approfondimento dell'offesa: requisito, insieme alla protrazione del fatto tipico, essenziale per determinare l'istante di consumazione “finale” dell'illecito.

Le riflessioni sviluppate nell'analisi del reato permanente risulteranno fondamentali per definire le ipotesi riconducibili a siffatto paradigma, benché inteso “in senso lato”³.

In quest'ambito, verranno valutate le tesi di chi, interrogatosi sull'argomento, ha escluso – in forza di argomenti tecnico-giuridici o politico criminali – qualsiasi rilevanza alla fase di permanenza del contenuto illecito in rete, ovvero proposto la costruzione di una nuova forma di manifestazione del reato, specificamente calata sulle peculiarità dello strumento informatico.

Verranno così chiariti, per un verso, i criteri che soggiacciono alla corretta individuazione del momento consumativo dell'illecito *online* – che, lo si anticipa, incontra diverse eccezioni rispetto alla sua sovrapposizione con quello di primo caricamento – e, per altro verso, i correttivi che (solo su base legislativa) dovrebbero essere introdotti per

² Sui concetti di perfezione e consumazione, *Vollendung e Beendigung*, diffusamente, e per tutti, S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Wolters Kluwer, Milano 2020, *passim*, in spec. pp. 232 ss.

³ L'espressione è qui utilizzata per comprendere non solamente i reati *necessariamente permanenti*, ma anche quelli *non esclusivamente istantanei* o *eventualmente permanenti*. Sul punto, *infra*, § 3.

appianare le conseguenze negative che da siffatta impostazione dipendono: tipicamente afferenti al termine di prescrizione e per la presentazione della querela.

Si concluderà con una prima e parziale sinossi dei risultati della ricerca.

2. Le peculiarità della condotta dell'utente nel cyberspace

Già si è osservato come le *content-related offences* rappresentino un interessante laboratorio di ricerca poiché appuntano il proprio disvalore, *in primis*, sulla conformazione del contenuto vietato. Essendo la condotta standardizzata – e riconducibile, nella sostanza, al mero *upload* del contenuto in rete –, non può che essere la natura dell'informazione a modellare la *tipicità* dell'illecito.

Contrariamente a quanto si potrebbe a prima vista osservare, si è però precisato come l'*offesa* assuma “corpo e sangue” anche (se non soprattutto) a partire dal grado di diffusione del contenuto vietato: altro è pubblicare dati lesivi su un portale consultato da pochi visitatori al mese o all'anno; altro è inserirli in piattaforme utilizzate da milioni di utenti ogni giorno. Il binomio “tipo di contenuto – grado di disvalore” è stato quindi arricchito di un ulteriore elemento: il livello di effettiva proliferazione dell'illecito.

Circostanza peculiare, però – e che acquisterà valore dirimente in questa sede –, è che, salvo eccezioni, al soggetto attivo del reato rimane la disponibilità di ritrattare le informazioni illecite previamente inserite in rete. Ciò non esclude, naturalmente, che le stesse, una volta caricate, possano essere riprese e fatte oggetto di altrettante ulteriori diffusioni, nell'ambito della stessa o di diverse piattaforme. Tecnicamente, nulla vieta che gli utenti scarichino e ri-salvino i dati illeciti su un diverso server. Rispetto al reato realizzato mediante il primo caricamento, tuttavia, non si può che ammettere il generale mantenimento della signoria del soggetto attivo circa la disponibilità dell'informazione sul *web*, almeno con riferimento a quella specifica collocazione spaziale (ovvero alla piattaforma o al server sul quale è stato salvato).

Ebbene, a tale facoltà non fa da *pendant* la padronanza della concreta diffusione del contenuto, che dipende da meccanismi automatizzati e da circostanze pressoché sempre indipendenti dalla volontà dell'autore. Essendo nell'interesse della piattaforma attrarre il maggior numero di visitatori, non di rado tali funzionalità rispondono all'interesse che la

collettività ripone sul messaggio, tipicamente misurata in termini di “visualizzazioni” o di “interazioni”, qualora possibili⁴.

D’altro canto, è proprio siffatta “indipendenza” del grado di propagazione dell’informazione a contraddistinguere lo strumento informatico dagli altri tradizionali mezzi di comunicazione, almeno sotto questo specifico angolo visuale.

È ben possibile che l’illecito assuma una portata endemica determinante un’offesa al bene giuridico tutelato tanto elevata quanto difficilmente prevedibile momento del primo caricamento. E tale peculiarità, se a nostro avviso non pone questioni particolari sul terreno della *causalità*, non potendosi negare il nesso etiologico con la prima pubblicazione, scatena interessanti problemi di *imputazione oggettiva*, ovvero di corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello tradottosi nel risultato lesivo.

Si rammenti, in proposito, che la natura del rischio in oggetto non può semplicemente rifarsi alla specifica fattispecie di cui si sta valutando l’integrazione (es. rischio di diffusione di materiale pedopornografico, di diffamazione, etc.), bensì necessita di essere modulata anche alla luce del grado dell’offesa. Tale ‘integrazione’, lo si è visto, risulta imprescindibile per assicurare il rispetto del principio di personalità, nella propria duplice declinazione: di fatto proprio e colpevole⁵.

Le peculiarità dello strumento informatico impongono dunque massima cautela nel procedimento di *imputazione* dell’offesa in concreto provocata dall’illecito e, soprattutto, richiedono una netta separazione delle ipotesi in cui il rischio di massima lesione – connesso alla sterminata proliferazione del contenuto – possa considerarsi insito nell’azione (ovvero nelle modalità di caricamento) da quelle ove tale circostanza risulti determinata da fattori imprevedibili, anche dall’agente modello a cui vengano aggiunte le ulteriori, speciali conoscenze del soggetto agente⁶.

Ricapitolando, nelle ipotesi in esame:

⁴ Cfr. V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell’epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, UTET, Milano, 2020, p. 944 s.; B. FRAGASSO, *Like su Facebook ed hate crimes: note a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema Penale*, 20 maggio 2022, *passim*; A. GALLUCCIO, *Il piano inclinato dell’odio on line: sulla rilevanza del mero like quale condotta di propaganda o istigazione all’odio razziale, etnico o religioso*, in *For. it.*, 2022, 5, pp. 332 ss.; M. LATERZA, *La rilevanza probatoria dei likes apposti sui messaggi di istigazione all’odio razziale*, *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1093 s.;

⁵ Cfr. Cap. I, §§ 10 ss.

⁶ Per ogni approfondimento sul punto, sia consentito il rimando al Cap. I, § 10.4. e s.

i) l'utente carica, mediante un'azione standardizzata, una o più informazioni illecite su una determinata piattaforma connessa ad *Internet* (la quale normalmente fornisce anche il servizio di *hosting*);

ii) tali informazioni rimangono tipicamente nella disponibilità del soggetto attivo (utente), che può decidere in qualsiasi momento di rimuoverle;

iii) esula dalla sua competenza la gestione della concreta portata diffusiva delle stesse, determinata, nella generalità dei casi, dalle specifiche modalità di funzionamento dello strumento informatico, teleologicamente orientate a soddisfare l'interesse dei consociati.

Evidente l'analogia tra le considerazioni *sub i)* e *ii)* e la struttura del reato *permanente in senso lato*⁷. Una sintetica disamina dei caratteri che lo contraddistinguono risulta dunque imprescindibile per definire il momento consumativo dell'illecito *online*.

3. Il reato *permanente in senso lato*

Definizione e caratteri strutturali del reato *permanente* rappresentano un vero e proprio nodo gordiano per chiunque si approcci allo studio dei *reati di durata*.

Con riferimento al reato *permanente*, immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice Rocco, l'attenzione è stata riposta sull'asserito carattere bifasico del precetto, consistente in una prima fase di *determinazione dello stato antiggiuridico* (di carattere commissivo o omissivo) e in una seconda, corrispondente alla sua successiva *mancata rimozione* (sempre riconducibile ad un *non facere*)⁸.

Secondo tale visione, sarebbe irragionevole che il legislatore vietasse o comandasse un'azione senza preoccuparsi della rimozione della compressione al bene giuridico che ne deriva, dacché sarebbe evidente che, quando «dipende dall'attività dell'agente la prosecuzione o rimozione dello stato di compressione del bene»»,

⁷ Cfr. *supra*, nt. 3.

⁸ Cfr. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933, pp. 387 ss. Analogamente, G. RAGNO, *I reati permanenti*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 118 ss.; B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, II ed., Jovene, Napoli, 1955, pp. 262 ss., il quale aggiunge che, in taluni casi, la seconda fase del precetto potrebbe essere ottemperata esclusivamente mediante azioni (es. art. 560 c.p., oggi abrogato): a queste ipotesi andrebbe attribuita la qualifica di *reati permanenti impropri*; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Cedam, Padova, 1986, pp. 608 ss. Non dissimile, però, di recente, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 334.

«il precetto [...] deve [...] continuare nella sua attività cogente, esaurendosi solo nel momento in cui lo stato di compressione sia rimosso dall'agente o altrimenti»⁹.

Successivamente, il carattere necessariamente omissivo della *protrazione dell'illiceità* è stato sostituito dal più generico *mantenimento* dello stato antigiusuridico.

Alla luce di siffatta posizione, il reato, pur unitario, si articolerebbe in due momenti distinti, entrambi ricavabili dal precetto. Il primo coinciderebbe con l'instaurarsi della lesione al bene giuridico protetto; il secondo, con il perdurare dello stato antigiusuridico, da cui dipende la situazione offensiva, la cui cessazione rimarrebbe subordinata alla volontà dell'autore¹⁰.

L'opinione prevalente in dottrina ritiene invece che ad essere oggetto di protrazione debbano essere l'azione o, più in generale, gli elementi costitutivi del reato¹¹.

⁹ G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933, p. 391.

¹⁰ Cfr. A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2007, p. 339; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, X ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 427; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 213 s.

¹¹ In questo senso, benché con sfumature non sempre coincidenti, A. PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, pp. 416 ss.; T. PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 828; G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 565 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Utet, Torino, 1981, pp. 701 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 175 ss.; R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Cedam, Padova, 1988, pp. 20 ss.; L. ALIBRANDI, voce *Reato permanente*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 1991, p. 2; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 595; F. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. pen.*, XI, 1996, p. 323; G. GRISOLIA, *Il reato permanente*, Cedam, Padova, 1996, pp. 4 ss.; R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 149 ss.; V.E. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova, 2002, pp. 251 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 267; G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Editori Laterza, Roma, II, 2004, p. 441 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 344 s.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Cedam, Padova, 2005, p. 82; G.L. GATTA, *Trattenimento nel territorio dello Stato dello straniero espulso: reato permanente o istantaneo?*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 203; D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche penali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 50 s.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2012, p. 177 s.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 433; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, pp. 207 ss.; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Utet, Torino, 2016, pp. 205 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 228; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 291 s.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017, p. 292; G. COCCO, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie: questioni controverse di unità pluralità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, pp. 382 ss.; S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., pp. 124, 253 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 159; M. PELISSERO, *Condotta ed evento*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 223; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*,

«La permanenza assume rilevanza giuridica perché tipica, e cioè perché durante la sua esistenza il fatto storico risulta ininterrottamente conforme al fatto tipico previsto dalla fattispecie incriminatrice». E si aggiunge: «tale soluzione non solo spiega l'inutilità di ogni duplicazione dell'incriminazione e l'impossibilità di inquadrare il reato permanente in una concezione pluralistica, ma si pone anche nel pieno rispetto di alcuni principi fondamentali del nostro sistema penale.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare che non è necessario incriminare appositamente la durata dell'illecito né punire ogni singolo momento in cui la permanenza si sviluppa, e questo proprio perché il reato persiste identico a sé stesso e senza soluzioni di continuità.

Sotto il secondo profilo, poi, la soluzione adottata risulta anzitutto conforme al principio di legalità, il quale, in materia penale, non può coprire soltanto le fasi dell'*iter criminis* precedenti (si pensi al tentativo) o concomitanti al momento della realizzazione del reato, ma anche tutte le fasi successive alla sua perfezione. Più precisamente, l'idea che la permanenza consiste nella protrazione del fatto tipico si conforma ai sottoprincipi di riserva di legge, per cui ogni comportamento per essere punibile deve essere previsto dalla fattispecie incriminatrice posta dalla legge, e di tassatività, il quale impone al giudice di applicare la fattispecie e di adattare la propria interpretazione al tenore della norma, senza ricorrere all'analogia»¹².

XIII ed., Giuffrè, Milano, 2024, p. 304 s.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2024, p. 222.

¹² R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, cit., p. 149 s. Il dogma della necessaria continuità della fattispecie viene fortemente criticato da A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 109 ss., il quale, volendo aderire ad una visione "disincantata" della realtà, ritiene di dover risolvere il problema richiamando la teoria del concorso di reati. A parere dell'A., infatti, sarebbe impossibile considerare ininterrotta la protrazione di una singola fattispecie incriminatrice: sarebbe invece più corretto riferirsi ad una «*successione di fatti storici*, ciascuno dei quali, *singolarmente considerato*, è in sé *tipico, antigiusuridico e colpevole*» (p. 119). Puntuale la risposta di L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., pp. 337 ss., il quale evidenzia come tale teoria si risolva in una eccessiva valorizzazione del dato naturalistico a discapito di quello positivo. Osserva quest'ultimo A.: «il giudizio normativo che la fattispecie incriminatrice consente di svolgere, cioè il giudizio di tipicità, è normativo solo per quello che riguarda la qualificazione di un determinato fatto storico come "reato". Qualificare invece quel fatto in termini di unità o pluralità dell'azione è un giudizio diverso, che presuppone come già svolto il giudizio sulla corrispondenza al tipo di quel fatto e che non si può svolgere utilizzando come parametro la norma incriminatrice, perché [...] la singola fattispecie astratta è in grado di dire soltanto se l'azione è o non è tipica, non anche se l'azione è unica o plurima. Di conseguenza, se non si individua un ulteriore parametro normativo per compiere il giudizio sull'unità o pluralità dell'azione, non si può che svolgerlo su base pregiudiziale: e infatti, definire la permanenza come pluralità di fatti tipici conformi al tipo significa privilegiare la componente della separazione temporale tra i singoli atti, che è un criterio evidentemente naturalistico». Inoltre, osserva l'A. «non si può trascurare il dato che la figura in esame è espressamente utilizzata dal legislatore in disposizioni che, in virtù di una simile accezione, risulterebbero svuotate di contenuto precettivo. Infatti, il comma 2 dell'art. 382 c.p.p., secondo il quale, nei reati permanenti, la flagranza – che il comma 1 limita a chi è colto nell'«atto di commettere il reato» – dura sino alla cessazione della permanenza, sarebbe *tamquam non esset*. Se alla permanenza si assegna soltanto il significato di pluralità di azioni tipiche all'interno di un reato unico, l'agente colto nell'intermezzo tra un'azione e l'altra non potrebbe dirsi colto in flagranza, proprio perché si tratterebbe di un momento in cui non c'è azione: la condotta, in quel momento, potrebbe anche essersi esaurita per sempre. Pertanto, solo nel momento in cui l'agente reitera un atto tipico egli potrà dirsi "in flagranza", ma ciò coinciderebbe esattamente con la definizione contenuta nel comma 1 dell'art. 382 c.p.p. ("È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato"). Il comma 2 risulterebbe così del tutto ridondante. Inoltre, posto che in un reato unico commesso attraverso più azioni ogni azione sposta la consumazione in avanti nel tempo, l'art. 158, comma 1, c.p. – che per il reato

Per quanto differenti e talvolta avversabili dal punto di vista dogmatico, tali impostazioni paiono in ogni caso cogliere, in chiave *diagnostica*, il dato essenziale della figura in esame: la protrazione dello stato antigiuridico¹³, rilevante ai fini del momento consumativo del reato.

È tuttavia sul piano della *prognosi* in merito alla configurabilità di un singolo reato come permanente che si ravvisano i maggiori dubbi interpretativi. Nello specifico, ad essere governati dall'incertezza sono sia i criteri che, a valle, dovrebbero consentire di poter additare un determinato illecito come permanente, sia, a monte, la stessa natura *normativa* o *empirico-fattuale* della permanenza.

A nostro modesto avviso, le incomprensioni sorgono spesso dall'omessa scissione, nell'analisi dei reati di durata, dello studio dei reati *permanenti in senso stretto* (o *necessariamente permanenti*) da quelli *permanenti in senso lato* (ovvero quelli che ricomprendono sia la prima categoria sia le ipotesi tradizionalmente definite come *eventualmente permanenti*).

A dimostrazione dell'assunto si richiamino, ad esempio, le considerazioni di chi ritiene «che la tesi, pur autorevolmente sostenuta, secondo cui la natura permanente o meno di un reato dovrebbe essere inferita a partire dall'osservazione della norma incriminatrice, non possa sottrarsi ad una serie di decisive critiche»¹⁴.

In tal guisa, si evidenzia: «chi accoglie una definizione normativa del reato permanente afferma, infatti, che sarebbe la “norma” a configurare “un reato che non si esaurisce nel momento in cui si attuano i suoi elementi costitutivi, ma si protrae nel tempo” o sarebbe “la stessa formulazione letterale” della norma ad evocare “una condotta che si protrae nel tempo, o ancora, più comunemente, che in taluni casi la norma “*esige[rebbe]* una realizzazione indefinitamente protratta nel tempo”. [...] Sennonché, se è certamente possibile rintracciare nella norma incriminatrice “il complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato”, come è stato notato, non è possibile trovarvi nulla di più, perché la norma incriminatrice

permanente fissa il *dies a quo* nel momento in cui cessa la permanenza – stabilirebbe una regola pleonastica rispetto a quella stabilita per il reato non permanente, per il quale il termine di decorrenza è fissato nel momento in cui il reato si consuma» (pp. 337, 338, 339).

¹³ Analogamente, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 334, il quale osserva che ai reati *permanenti* «si riportano tutte quelle fattispecie in cui ragioni di buon senso impongono di considerare parte di un solo reato fatti temporalmente distinti; tutte quelle ipotesi, cioè, in cui su una prima serie di atti naturalisticamente apprezzabili si innesta una successiva situazione di inattività, che può poi essere eventualmente alimentata, di tanto in tanto, da ulteriori atti, cronologicamente successivi».

¹⁴ Così, A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, cit., p. 103.

contiene “la descrizione del fatto vietato, ma, per ragioni di cose, non può esprimerne [...] la *durata*”¹⁵. E si prosegue: «che non sia la *norma* a configurare un reato che si protrae nel tempo, lo dimostra il fatto che tutti i reati tradizionalmente qualificati come permanenti “possono realizzarsi nella forma dell’istantaneità”. [...] E non valga, a riguardo, invocare quella *durata minima* nel tempo della condotta che caratterizzerebbe, secondo alcuni, tutti i reati permanenti, e, secondo altri, soltanto la categoria dei reati *necessariamente permanenti*. Si è già a suo tempo rilevato, infatti, che richiedere che la condotta e lo stato antigiuridico si protraggano per un certo periodo di tempo perché il reato giunga a consumazione, in realtà, non dice nulla sulla fase *successiva* alla consumazione, che è poi quella che caratterizza la permanenza.

Anche se fosse vero, insomma, che, in alcuni (o in tutti) reati permanenti la condotta illecita dovrebbe necessariamente protrarsi per un certo tempo prima che il reato possa dirsi consumato, potrebbe sempre immaginarsi un caso in cui, *non appena varcata la soglia della consumazione*, l’agente abbandonasse ogni iniziativa delittuosa, dimostrando così, ancora una volta, che la norma incriminatrice non esige, né implica, in nessun caso, una realizzazione del reato protratta nel tempo». E quindi si conclude: «del resto, appare ulteriormente contraddittorio, nell’ottica della tesi normativa qui criticata, affermare che, mentre in alcuni casi la norma esigerebbe il protrarsi nel tempo della fattispecie, configurando *sempre* un reato permanente, in altri casi la norma “*ammette[rebbe]*” semplicemente il perdurare nel tempo degli elementi costitutivi del reato, così aprendo le porte ad una qualificazione alternativa del reato, che verrebbe così ad essere configurato come permanente o istantaneo a seconda del prolungarsi o meno nel tempo della fattispecie concreta. Si tratta, in definitiva, del riconoscimento, implicito o esplicito, della categoria dei reati *eventualmente permanenti*». Allora, «proprio il riconoscimento, anche nell’ambito delle impostazioni normative, della figura del reato c.d. eventualmente permanente “costituisce una convincente riprova che la permanenza non può riferirsi che alla condotta dell’agente, solo questa potendo integrare la violazione della norma e atteggiarsi, in relazione al tempo, in modo diverso, a seconda che l’agente decida o meno di prostrarla”»¹⁶.

Le notazioni richiamate implicano ineluttabilmente una sovrapposizione di piani: altro è richiedere che gli elementi costitutivi del reato si protraggano per un certo tempo ai fini di poter considerare *integrata* o *perfezionata* quella fattispecie incriminatrice; altro è valutare se, a prescindere dalla conformazione del reato base (*necessariamente permanente* o *istantaneo*), gli elementi costitutivi si siano protratti, nel caso concreto, oltre il momento della *perfezione* (o *consumazione formale*): ciò che dovrà essere naturalmente escluso qualora ci si confronti con reati *necessariamente istantanei*. Entrambi i giudizi prendono le mosse da una valutazione normativa: nel secondo, però, è il rapporto tra fattispecie concreta e astratta ad essere maggiormente valorizzato.

¹⁵ A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell’unità o pluralità del reato*, cit., p. 104, rifacendosi soprattutto a A. PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, cit., p. 419 s.

¹⁶ A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell’unità o pluralità del reato*, cit., p. 105 s.

In sintesi:

i) il reato *permanente* o *necessariamente permanente* si caratterizza per una necessaria *protrazione* degli elementi costitutivi¹⁷. Sino al momento *minimo* per il perfezionamento della fattispecie, potrà al più configurarsi un'ipotesi tentata. Se, poi, il fatto tipico verrà ulteriormente prolungato, dando così adito alla genesi del momento *consumativo* del reato (qui distinto da quello di *perfezione*), ora non interessa. Siffatto giudizio è necessariamente *normativo*: cioè si basa sull'astratta configurazione della norma, non sulla concreta estrinsecazione del fatto.

ii) Diverso – ma pur sempre di natura normativa – è anche il giudizio afferente alla astratta *possibilità* per una fattispecie di protrarre i propri elementi costitutivi oltre il momento di perfezione. Non stiamo ancora valutando *cosa effettivamente sia successo nel caso concreto*. Ad essere oggetto di giudizio è, ancora una volta in astratto, la *suscettibilità* per la fattispecie di riferimento di assistere alla permanenza nel tempo dei propri caratteri tipici: qualità da escludere nei reati *necessariamente istantanei*¹⁸.

D'altro canto, come è stato attentamente evidenziato, «la considerazione secondo cui la generalità e l'astrattezza che caratterizzano la descrizione delle condotte tipiche rende inevitabile che solo alcune di esse possano essere categorizzate come “necessariamente istantanee” è, in effetti, assai convincente e trova riscontro in dottrina da più di un secolo: proprio per spiegare le fattispecie non necessariamente istantanee nacquero [...] le prime concezioni normative dell'azione»¹⁹.

Si fatica allora a comprendere come il giudizio rispetto alla permanenza debba necessariamente svincolarsi da un parametro normativo, per rifarsi alla imprescindibile valutazione del caso concreto, al contempo però evidenziando che sarebbe «molto meglio [...] parlare di “reati suscettibili di permanenza”, rispetto ai quali le *fattispecie* possono

¹⁷ Osserva S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 126: «i reati “necessariamente permanenti” [...] si caratterizzano perché l'integrazione della norma richiede un apprezzabile prolungamento dell'azione e dell'evento tipici, il quale si riverbera sul tentativo; in questa prospettiva non è possibile alcun reato “eventualmente” permanente, per l'ovvia ragione che la permanenza costituisce un elemento essenziale non degradabile a mera accidentalità» (v. però, di seguito, p. 251, ove viene negata l'esistenza di reati “necessariamente permanenti” e giustificata la qualificazione della fattispecie astratta come tale sulla base della “mera” ordinaria estrinsecazione di siffatti illeciti tramite la permanenza della violazione). In senso conforme, richiamando l'esempio del sequestro di persona, anche L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 342.

¹⁸ La soluzione pare, in effetti, essere accolta anche da R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, cit., p. 162. Sul punto, in precedenza, T. PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 828.

¹⁹ Così, L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 336.

essere (i) *istantanee* quando, nonostante la norma incriminatrice “non escluda l’eventualità della permanenza, non si ha una concreta protrazione del fatto tipico successiva” alla consumazione del reato, ovvero (ii) *permanenti* quando “non solo” la norma incriminatrice “ammette l’eventualità della permanenza, ma l’agente protrae un fatto conforme al modello legale” oltre il momento di consumazione»²⁰. Quando si preferisce far riferimento ai reati “suscettibili di permanenza”, si sta realizzando una valutazione *esclusivamente* fondata sulla conformazione della fattispecie astratta.

Ad essa naturalmente seguirà – come sempre avviene quando si tratti di verificare la riconducibilità di un brano di vita all’integrazione di una fattispecie penale – un apprezzamento empirico-fattuale: si dovrà cioè accertare *sino a quando* si sono protratti gli elementi costitutivi della fattispecie in esame; ma ciò non toglie che un giudizio *normativo*, a monte, debba sempre essere realizzato²¹.

A tutto voler concedere, dunque, è il termine *finale* di consumazione (appunto, “materiale”: la *Beendigung*) a non poter essere determinato a priori (salve naturalmente le ipotesi *necessariamente istantanee*)²². Ma tale verifica si fonda su un previo giudizio circa la conformazione della norma: sia rispetto all’astratta possibilità di protrazione, sia, nei reati (necessariamente) *permanenti*, rispetto al termine minimo di estensione – certamente individuabile in astratto – necessario a *ritener integrata la fattispecie*.

Una volta superato questo momento, gli illeciti permanenti si attingeranno esattamente come quelli *istantanei*: si dovrà guardare al fatto concreto per comprendere quando la *fase di permanenza* sia cessata e potersi così dichiarare il reato addivenuto a consumazione.

L’assunto, d’altra parte, non può stupire. Anche nei reati *necessariamente istantanei* (si pensi all’omicidio) è necessario analizzare il caso concreto per individuare il momento consumativo, che ben potrebbe intervenire molto tempo dopo la tenuta della condotta²³:

²⁰ A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell’unità o pluralità del reato*, cit., p. 107.

²¹ Così, benché in via meno diretta, T. PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 828.

²² Non diversamente, S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 126, che osserva, rispetto ai reati “eventualmente permanenti” come sia «evidente, infatti, che [qui] nessuna indicazione può trarsi dalla fattispecie legale circa il carattere istantaneo o permanente della consumazione; sotto questo profilo, risulta ulteriormente smentito l’assunto secondo cui la durata della vicenda criminosa dipende dal *Tatbestand* e vengono meno le ragioni per circoscrivere al reato permanente il prolungamento della consumazione”».

²³ Sulla problematica, da ultimo, A. SAVARINO, *Danni lungo-latenti e responsabilità penale. Modelli di imputazione e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2025.

emblematici, in tal senso, sono i casi di responsabilità da esposizione a sostanze tossiche, i cui danni si manifestano tipicamente anni dopo la tenuta delle azioni pericolose.

3.1. *I criteri di individuazione della Beendigung*

Operate queste precisazioni, riteniamo opportuno concentrare l'attenzione sui criteri che dovrebbero governare l'individuazione del momento di confine tra la *Beendigung* e il postfatto non punibile. Una volta esclusa la natura *necessariamente istantanea* di una fattispecie, sarà infatti necessario comprendere *come* si possa determinare il momento di consumazione sostanziale: elemento essenziale per comprendere, tra gli altri, il termine della prescrizione e per la proposizione della querela; il *locus commissi delicti*; l'ammissibilità di una eventuale responsabilità concorsuale; la riconducibilità della materia alle norme che regolano concorso di reati e il concorso apparente di norme.

Lungi dall'addentrarsi in dibattiti che per lungo tempo hanno coinvolto la dottrina, soprattutto d'oltralpe, a noi pare che la soluzione al suesposto quesito possa risiedere nella valorizzazione della protrazione del *Tatbestand* da parte del soggetto attivo accompagnata dalla prosecuzione (o dall'aggravamento) dell'offesa²⁴.

²⁴ Così, nella sostanza, S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 244 s., la quale tiene però a precisare che «l'estrema varietà delle tecniche di incriminazione rende talora impossibile un giudizio in termini di approfondimento dell'offesa; si deve dunque ritenere che la definizione assuma una portata puramente orientativa». Nel senso di una valorizzazione dell'offesa anche L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 341, che segnala come «riconoscere in una fattispecie la possibilità o la necessità che l'evento si protragga nel tempo non è una questione di puro naturalismo o formalismo, ma deve dedursi da un'interpretazione che coinvolge anche l'offesa: il trascorrere del tempo deve aumentare l'intensità dell'offesa, altrimenti ciò vorrebbe dire che essa si è già esaurita nell'istante in cui l'evento si è prodotto, che il reato è già arrivato all'apice, cioè a consumazione». Va però altresì richiamata la critica di D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 133 s., in commento alle tesi per cui «a contrassegnare la fase consumativa del reato permanente potrebbe bastare una sorta di "tipicità minore" o "pseudotipicità" [da ravvisarsi in quelle che rilevano come] "dopo il suo verificarsi, il fatto è da vedere nella sua sintesi, nella sua unità, non più nei suoi singoli momenti costitutivi" [oppure in quella che evidenzia come] occorre disporsi ad una valutazione distinta della fase della fase realizzativa del reato permanente rispetto a quella di mantenimento, giacché, rappresentando quest'ultima la "prosecuzione di un reato già realizzato in tutti i suoi elementi costitutivi", ciò che interessa "perché essi continuino a sussistere, non è tanto la loro attuale effettiva presenza lungo tutto il decorso della permanenza, quanto piuttosto che non insorga un elemento nuovo la cui presenza sia logicamente incompatibile con la persistenza ulteriore delle componenti dell'illecito». Innanzi a tali opinioni l'A. obietta che «entrambe queste affermazioni, pur nella loro cautela, sembrano offrire un facile spiraglio per l'incrinatura del dogma, dagli stessi Autori proclamato, della "permanente tipicità" del reato permanente. Se infatti ci si accorge che quella tipicità non è uguale a sé stessa in tutte le fasi della commissione del reato e, per di più, che quella successiva "dipende" da quella precedente non potendo essere autonomamente "pensata" come tale, allora si assegna il connotato di tipicità a condotte che non lo sono in senso pieno. Il che è come dire che

Naturalmente, la precisazione si rivela pleonastica qualora si voglia accogliere la concezione che include la valutazione dell'offensività in quella relativa alla tipicità, secondo la quale «al protrarsi della condotta corrisponde[rebbe] il protrarsi dell'offesa, non per via di qualche strano esoterismo, ma soltanto perché ad ogni condotta tipica corrisponde[rebbe] necessariamente un'offesa al bene giuridico tutelato»²⁵.

I due criteri non possono essere scissi: la mera protrazione del fatto tipico, qualora non accompagnata dalla permanenza dell'offesa, si rivelerebbe del tutto irrilevante per il diritto penale²⁶. Per converso, il permanere dell'offesa, quando non accompagnato dalla signoria dell'agente sul fatto, non potrebbe essere *imputato* al soggetto attivo.

Emblematici, a proposito di tale ultima casistica, sono i c.d. *reati istantanei ad effetti permanenti*: tipicamente in rilievo nelle ipotesi di *disastro* di cui al Titolo VI del c.p.²⁷.

Leading case in materia è senz'altro il caso Eternit²⁸, ove la Cassazione, rigettando le ricostruzioni propuginate dai giudici di merito volte a ricondurre all'art. 434 c.p. fenomeni di perdurante contaminazione

non lo sono affatto» (p. 134). *Contra*, nuovamente, S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 240, cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, la quale, evidenziando come una siffatta tipicità “piena” non sia ravvisabile nemmeno nelle ipotesi tradizionalmente considerate come *necessariamente permanenti*, osserva che «non si può dunque affermare che lo spostamento della consumazione implichi un'autonoma tipicità degli atti successivi alla realizzazione del *Tatbestand*; al contrario, in presenza di un reato di durata, solo un'osservazione non atomistica della condotta consente di qualificare correttamente la concreta vicenda criminale». D'altro canto, ci sentiamo di aggiungere, una tipicità “piena”, nel senso indicato dall'Autore, potrebbe essere ravvisata esclusivamente nelle ipotesi omissive, ove, per definizione, difetta il comportamento richiesto dalla norma.

²⁵ A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, cit., p. 100. Diversamente, anche se solo apparentemente, R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, cit., p. 161, rileva che la protrazione della lesione all'interesse tutelato non rilevarebbe in quanto «l'offesa al bene giuridico non è un elemento strutturale del reato, ma rappresenta il contenuto di disvalore del fatto tipico, contenuto che, appunto, si ricava dall'intera fattispecie incriminatrice, ovvero da tutti gli elementi costitutivi».

²⁶ In argomento, per tutti, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, Giuffrè, Milano, 1973.

²⁷ In argomento, da ultimo, AA. VV., *Reati contro l'incolumità pubblica*, a cura di D. Castronuovo, Giappichelli, Torino, 2024.

²⁸ In commento alla vicenda, pur in modo non esaustivo, L. MASERA, *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 maggio 2012; ID., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, pp. 343 ss.; ID., *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1565 ss.; A. PALMA, (nota a Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012), in *Studium iuris*, 2012, pp. 1179 ss.; S. ZIRULIA, *Caso Eternit: luci e ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 471 ss.; ID., *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2013; ID., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 148 ss.; A. ABRAMI, J.P. TEISSONNIERE, *Il caso Eternit*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, pp. 301 ss.; D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, pp. 254 ss.; S. CORBETTA, *Il “disastro innominato”: una fattispecie “liquida” in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, in *Criminalia*, 2014, pp. 275 ss.; A. GARGANI, *I mille volti del disastro. Nota introduttiva*, in *Criminalia*, 2014, pp. 251 ss.; G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*,

ambientale e (in secondo grado) altresì epidemiologici, ha evidenziato che il “disastro” deve essere definito quale «fatto distruttivo di proporzioni straordinarie, qualitativamente caratterizzato dalla pericolosità per la pubblica incolumità», così escludendo che, ai fini dell’integrazione della predetta fattispecie, possano rilevare i singoli eventi lesivi, almeno se isolatamente considerati. Da qui la qualificazione di tale delitto quale reato istantaneo ad effetti eventualmente permanenti e la conseguente dichiarazione di estinzione del reato in forza dell’individuazione del *dies a quo* per il calcolo della prescrizione nel momento della cessazione delle condotte²⁹. In altri termini, è stata riconosciuta in quest’ultimo momento l’integrazione degli elementi costitutivi del disastro: «evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi», nonché il «pericolo per la vita o per l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l’effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti»³⁰.

La mancata successiva bonifica del sito, consistendo in una mera rimozione degli *effetti* del reato, non rileva ai fini consumativi; così come risulta insignificante il verificarsi del massimo grado di morbidità – quindi la lesione alla pubblica incolumità – a distanza di molti anni dalla cessazione delle condotte. Come è stato condivisibilmente osservato in successivo caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, «il persistere del pericolo, come pure il suo inveroamento quale concreta lesione della pubblica incolumità, non sono richiesti

in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 novembre 2014; M. PAOLI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1802 ss.; G. RUTA, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, in *Criminalia*, 2014, pp. 293 ss.; D. CASTRONUOVO, *Il caso Eternit. Omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale doloso*, in *Casi di diritto penale dell’economia*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 107 ss.; F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d’eccezione oltre lo stato di diritto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 marzo 2015; A. MIRIELLO, *Disorientamenti sul computo della prescrizione per il disastro innominato*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, pp. 686 ss.; M. POGGI D’ANGELO, (nota a *Cass.*, sez. I, 19.11.2014, n. 7941), in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2638 ss.; L. SANTA MARIA, *Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, pp. 74 ss.; E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, pp. 877 ss.; M. VENTUROLI, *Il caso Eternit: l’inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i “disastri ambientali”*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1219 ss.; A. AIMI, *Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso Eternit*, in *Quest. giust.*, 2017, 1, pp. 28 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 175 ss.; S. TORDINI CAGLI, *I delitti di comune pericolo*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 298 ss.

²⁹ Così, *Cass. pen.*, sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 febbraio 2015, con nota di S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*. In chiave critica, M.F. CARRIERO, *Qualche breve annotazione sul tema dei reati di comune pericolo*, in *Arch. pen.*, 20 febbraio 2025, p. 11 s., la quale osserva che «la Corte non solo ha avallato l’orientamento (che si ritiene di dover condividere) secondo cui affinché un reato possa definirsi permanente è necessario che perduri nel tempo la condotta (e non già gli effetti derivanti da questa), ma ha altresì esteso tale attributo nei riguardi della fattispecie di cui all’art. 434 c.p. La stessa ha, infatti, deciso di far coincidere il momento consumativo del disastro con il giorno della chiusura degli stabilimenti; in questa maniera, ha implicitamente ammesso che il delitto di disastro costituisca un reato (eventualmente) permanente». E prosegue l’A.: «avallare, però, la tesi che sostiene di poter ravvisare un disastro ambientale a prescindere dalle “modalità di lesione” e dall’effettiva “comparsa” del fenomeno disastroso, determina una rinuncia alla tipicità oggettiva della fattispecie che, in questo modo, si trasforma in un mero surrogato di ciò che dovrebbe in realtà rappresentare. Non più, infatti, un disastro “innominato”, bensì “innominabile”, quanto ai requisiti che dovrebbero connotarlo e distinguerlo sul piano del fatto tipico oggettivo».

³⁰ Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 327, in www.giurcost.org.

per la realizzazione del delitto, giacché non sono elementi del fatto tipico e non assumono rilievo rispetto alla consumazione del reato»³¹.

4. *Il momento consumativo delle content-related offences realizzate online*

È tempo ora di passare in rassegna, alla luce degli approdi raggiunti, le posizioni che sono state tradizionalmente elaborate in relazione al momento consumativo degli illeciti (relativi ai contenuti) commessi *online*.

4.1. *Gli illeciti relativi ai contenuti quali reati istantanei (critica)*

Assai diffusa, e anche autorevolmente patrocinata, è la tesi che annovera la già avvenuta consumazione del reato tra le ragioni che depongono per l'esclusione della possibile responsabilizzazione concorsuale del *provider*³².

Nello specifico, negando la possibilità di ricavare una responsabilità del fornitore in via autonoma ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., si osserva che «integrando (almeno nella maggior parte) [le] condotte di [divulgazione, diffusione, etc.] altrettanti reati a consumazione istantanea, il riconoscimento di un obbligo giuridico di intervento a carico del *provider* verrebbe ulteriormente complicato dal fatto che, nella impossibilità di esercitare una vigilanza preventiva sui materiali immessi sul *server* da lui gestito, egli verrebbe reso destinatario di un dovere finalizzato non ad “impedire un evento”, nella specie costituito dall'altrui condotta già verificatasi, ma solo ad attenuarne gli effetti»³³.

³¹ Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2018, n. 47779.

³² Cfr., tra i molti, S. SEMINARA, *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 101 s.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 1998, pp. 764 ss.; ID., voce *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 597; F. RUGGIERO, *Individuazione nel cyberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, p. 593; A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1625; V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2019, p. 18; S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 2020, 3, p. 164 s.

³³ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 764, il quale, solo un anno prima, evidenziava che «neppure l'agevolazione può però cogliersi nella mera omissione della cancellazione dei dati abusivamente immessi in rete da terzi, non solo perché tale soluzione richiederebbe la dimostrazione della conoscenza del fatto da parte del *provider* (conoscenza che non può essere presunta e alla quale il soggetto non è neppure tenuto), ma soprattutto perché non è configurabile una condotta agevolatrice ad un reato già verificatosi in tutti i suoi elementi essenziali» (ID., *La pirateria su internet e il diritto penale*, cit., p. 101).

E ancora, valutando una possibile responsabilità concorsuale, si osserva che «nelle ipotesi di inadempimento, da parte del *provider*, di un ordine di rimozione o disabilitazione emesso dall'autorità giudiziaria, la condotta agevolatrice comunque non assume rilievo penale qualora l'illecito sia ormai giunto a consumazione, poiché l'aggravamento delle conseguenze del reato, derivante dal mantenimento in rete dei contenuti sanzionati, non è più in grado di integrare una partecipazione criminosa. Per quanto si tratti di un problema che rinvia alla formulazione di ciascuna fattispecie incriminatrice, gli illeciti di comunicazione e diffusione del pensiero, ivi compresi quelli di istigazione e apologia, si legano a condotte attive la cui consumazione si realizza con la pubblicizzazione del fatto e non si prestano a un inquadramento nello schema della permanenza: i perduranti effetti che ne derivano non influiscono sul *tempus commissi delicti*, allo stesso modo in cui non è ritenuta permanente la diffamazione compiuta su un supporto cartaceo rimasto in circolazione dopo la sua pubblicazione»³⁴.

Com'è evidente, la posizione si fonda su una valutazione astratta della fattispecie e, corrispondentemente, non tiene in debita considerazione lo sviluppo *offensivo* del fatto concreto.

Ciò non di meno, si è già avuto modo di evidenziare come, al di fuori di ipotesi *necessariamente permanenti*, una valutazione normativa, benché imprescindibile in via preliminare per definire i reati *necessariamente istantanei*, non consenta di ricavare la sovrapposizione tra il momento di perfezione del reato (*Vollendung*) e quello di consumazione (*Beendigung*). Tale circostanza può emergere solamente dal raffronto del fatto concreto con la fattispecie astratta: come si è osservato, la permanenza non è «un "istituto giuridico", una entità normativamente creata, fissata dal legislatore, ma è un attributo che informa nella realtà una certa azione costituente reato: indica la durata di questa e, quindi, la durata della ribellione alla norma»³⁵.

Occorre allora rammentare che «per stabilire la suscettibilità di un reato a protrarsi ininterrottamente nel tempo, è necessario rifarsi alla fattispecie astratta, al contrario, dato il carattere eventuale della permanenza, per stabilire se e quanto un reato, in astratto suscettibile di permanenza, si sia concretamente protratto senza

³⁴ S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 597.

³⁵ A. PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, cit., p. 428. Analogamente, tra gli altri, R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, cit., p. 162; A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, cit., pp. 99 ss. e S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 251, la quale rileva che «l'analisi del concetto di "permanenza" del reato ha portato in luce l'estraneità di siffatto elemento alla struttura astratta dell'incriminazione e la sua necessaria inerenza alle concrete modalità di attuazione della violazione; sotto questo profilo, è stato dunque avvalorato l'assunto alla base della prima enucleazione a opera di Hälschner del concetto di *Beendigung*, secondo cui per stabilire la durata della consumazione è decisiva l'osservazione dell'azione materialmente posta in essere».

soluzioni di continuità nel tempo, è necessario riferirsi al fatto storico, e più precisamente è necessario accertare la continua corrispondenza del fatto storico alla fattispecie legale»³⁶.

Non ostando dunque – almeno così ci pare – «i reati (di condotta) fondati su verbi modali come diffondere, divulgare ecc.»³⁷ ad una possibile protrazione della condotta tipica, ci sentiamo di poter ammettere, al ricorrere dei presupposti poc'anzi evidenziati (permanenza del fatto tipico e dell'offesa), il prolungamento della fase consumativa dell'illecito. Vedremo in seguito, in ogni caso, con quali precisazioni ciò potrebbe dirsi consentito con riguardo alla realizzazione degli illeciti in rete.

4.2. La costruzione di una nuova forma di manifestazione del reato (critica)

Sul versante diametralmente opposto si pone chi ritiene che l'approfondimento dell'offesa, consistente nella permanente diffusione del contenuto illecito, valga a procrastinare il momento di consumazione materiale del reato commesso *online*; e ciò, si badi bene, anche qualora l'utente abbia perduto la disponibilità dello stesso (ad es. poiché, una volta caricata, l'informazione sia stata ripresa da terzi e ripubblicata in altri portali o memorizzata su altri server).

In tale visione, sarebbe proprio l'impossibilità per il soggetto attivo di controllare la diffusione del contenuto caricato a giustificare la distinzione, per un verso, con il reato permanente e, per altro verso, con il reato a consumazione prolungata. Si rivelerebbe così imprescindibile il conio di una nuova forma di manifestazione del reato, strettamente correlata all'approfondimento dell'offesa determinato dall'incontrollabile propagazione dell'informazione.

La “colpevolezza” dell'autore (intesa in senso ampio) troverebbe fondamento nella *scelta* di utilizzazione dello strumento informatico, che recherebbe con sé prevedibilità (astratta) e accettazione delle relative modalità di funzionamento.

Il reato, in tal guisa, addiverrebbe a consumazione nel momento di massima gravità: invero difficilmente raggiungibile, considerato che il contenuto rimarrebbe sempre esposto a nuove ripubblicazioni. Solamente da quell'ipotetico momento, in ogni caso, decorrerebbe

³⁶ R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, cit., p. 162.

³⁷ S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 765.

il termine necessario a prescrivere, in quanto, sino ad allora, lo Stato avrebbe interesse a punire.

La conclusione, com'è immaginabile, è che fino al momento di consumazione materiale sarebbe ammissibile un concorso del soggetto terzo, non autore del contenuto: primo fra tutti l'ISP, che, in questa visione, parrebbe poter rispondere in via *commissiva*, alla luce del ruolo *attivo* concretamente svolto³⁸.

Nello specifico, si osserva che «le evidenziate caratteristiche tecniche dell'*automazione*, che investe – oltre all'elaborazione – anche la circolazione, messa a disposizione, permanenza dei dati e dei contenuti nel *Cyberspace* impongono [...] di riconsiderare le condizioni della “consumazione” del reato, *ivi* in tutto o in parte commesso. Non solo, infatti, si estendono nel tempo e nello spazio i suoi “effetti” [...], ma è lo stesso “fatto” tipico che, nella parte in cui si realizza *tramite* i sistemi informatici, si può ritenere che si protragga ed eventualmente “riproduca”, in forza delle funzioni automatizzate e di memorizzazione, trasmissione, messa a disposizione condivisione, circolazione, ricerca, ecc., peraltro non del tutto “dominabili” dai gestori e dai fruitori dei sistemi stessi»³⁹.

E si prosegue: «non è corretto, nel contesto tecnologico descritto, ridurre la speciale “permanenza” del reato cibernetico ed espansione dei suoi effetti ad un mero *post factum* non punibile, penalmente irrilevante, perché il prolungamento automatizzato dell'azione o dell'evento tipici non è affatto separabile dagli altri elementi oggettivi e soggettivi costitutivi del “fatto” di reato, di cui sono parte essenziale, essendo questo che viene piuttosto ad assumere connotati specifici in ragione delle TIC, tramite cui l'autore lo ha (consapevolmente) posto in essere»⁴⁰.

Operate queste premesse, si propone di «muovere dall'applicazione ed eventuale adattamento alla realtà cibernetica della tradizionale distinzione dogmatica fra momento di “perfezione formale” del reato, che si ha quando ne sono realizzati tutti gli elementi costitutivi essenziali, seppur nel loro contenuto minimo, e momento di “esaurimento” o “consumazione sostanziale”, che si ha solo quando esso ha per l'appunto “esaurito” definitivamente il proprio specifico contenuto di offesa, avendo raggiunto il massimo grado di lesione del bene giuridico protetto»⁴¹.

Così, si rileva che «il reato cibernetico non può dirsi “esaurito” nel periodo intermedio anche assai lungo che può intercorrere fra i due momenti, in cui “permane” e si approfondisce l'offesa»⁴².

³⁸ L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I ed., Utet, Milano, 2019, pp. 90 ss., invero già accennata in ID., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, cit., pp. 501 ss. La posizione parrebbe essere avallata – benché con margini dubitativi – anche da B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 2, p. 50 s. e, con maggior decisione, ID., *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, in *Sistema Penale*, 2020, 5, p. 303.

³⁹ L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, cit., p. 90 s.

⁴⁰ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁴¹ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁴² L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 91.

In relazione alla possibile invocabilità di forme manifestazione già conosciute alla dottrina e alla giurisprudenza – questo, a nostro avviso, il punto centrale della posizione –, si evidenzia che «il fenomeno non pare riconducibile al paradigma del reato permanente in senso proprio [...], che presuppone, alla stregua della fattispecie legale, la costante dipendenza della protrazione dell'offesa al bene giuridico [...] dalla diretta e contemporanea *condotta volontaria* del reo, il quale potrebbe in ogni momento farla cessare [...]. Essendo l'automazione specifica delle TIC che determina la diffusione nel *Cyberspace* e la protrazione nel tempo dei suoi effetti ancora potenzialmente attivi, questi possono sfuggire al diretto controllo dell'azione del reo, che pur lo ha posto in essere loro tramite». E si prosegue escludendo anche il possibile richiamo alla “consumazione prolungata”, in quanto gli atti che seguono il perfezionamento del reato «sono direttamente dipendenti da più azioni volontarie [...] da parte dell'autore»⁴³.

Alla luce di siffatte puntualizzazioni, «si prospetta quindi l'esigenza di delineare una categoria dogmatica nuova, che abbracci la peculiare, sempre più diffusa e rilevante realtà che si manifesta nel *Cyberspace*, nella molteplicità di reati cibernetici configurabili a partire a quelli di comunicazione e manifestazione del pensiero, nei quali non rileva un evento consumativo autonomamente verificabile nel mondo materiale, esterno cioè all'“infosfera” [...]. La diffamazione *online*, la diffusione di pedopornografia, l'istigazione e propaganda di atti di odio e discriminazione razziale, la distribuzione o messa a disposizione di opere digitali in violazione di diritti d'autore, le molteplici violazioni della riservatezza e della *privacy*, compresi gli accessi abusivi e molti altri reati cibernetici si consumano interamente ed esclusivamente nel *Cyberspace*»⁴⁴.

Quanto, poi, alla possibilità di imputare soggettivamente la protrazione di questo “nuovo” evento tipico all'autore del contenuto, si evidenzia che «la scelta del mezzo tecnico utilizzato (TIC), che implica l'automazione del trattamento e della circolazione dei dati in rete, con tutte le caratteristiche e conseguenze sopra richiamate, comporta che siano conosciute o quantomeno conoscibili dall'autore, che *vuole* “agire” loro tramite»⁴⁵.

La ricaduta del ragionamento è che «dovrà riconoscersi, in conformità ai principi generali, la configurabilità della partecipazione concorsuale penalmente rilevante *ex art. 110 c.p.*, in forma sia attiva sia omissiva, da parte di terzi – compresi gli ISP, in relazione al ruolo attivo o di condivisione dei contenuti in rete concretamente svolto – fino all'avvenuto “esaurimento”, sulla base dei relativi presupposti oggettivi e soggettivi»⁴⁶.

⁴³ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 91 s. Un esempio viene elaborato successivamente da B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, cit., p. 322, che osserva: «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».

⁴⁴ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 92.

⁴⁵ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 93.

⁴⁶ L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 93. Ammette anche una responsabilità omissiva del *provider*, invece, B. PANATTONI, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, cit., p. 51, che rileva come, alla stregua dell'impostazione richiamata, «la condotta di mancata consapevole rimozione del contenuto illecito da parte degli ISP non sarebbe più infatti un comportamento qualificabile come *post*

La tesi, seppure assai autorevole e dotata dell'indubbio merito di porre bene in luce le *innovazioni* che l'utilizzo del mezzo informatico produce sulla concreta manifestazione del reato, a nostro modesto avviso, potrebbe rivelare qualche controindicazione.

Essa, infatti, pare fondare i propri assunti ora a partire dall'iniziale "scelta" da parte dell'autore di utilizzare lo strumento digitale, ora sull'approfondimento dell'offesa, determinato dalla libera disponibilità del contenuto *online*.

Innanzitutto, pur risultando incontrovertibile che la permanenza dell'informazione illecita nel *cyberspace* comporti l'approfondimento dell'offesa al bene giuridico tutelato, tale lesione non parrebbe integralmente definibile (e valutabile) nella dimensione digitale. Sul punto, si è già avuto modo di osservare come le peculiari modalità di lesione di tali illeciti non risiedano tanto nella *integrale realizzazione* nel cyberspazio, bensì nel moto circolare che percorrono: che si estrinseca dalla dimensione analogica, a quella digitale, per poi tornare alle dimensioni a noi più "note". Ed è proprio in questa fase finale, quando l'offesa viene "restituita" al mondo reale, che se ne può comprendere il relativo approfondimento in chiave *materiale*: carattere essenziale per la sua valutabilità in chiave penalistica⁴⁷.

Inoltre, quantunque non possa negarsi l'esigenza politico-criminale di arginare la proliferazione dell'informazione illecita *online*, la proposta di considerare ancora in fase di consumazione un illecito che è *uscito* dalla disponibilità del proprio autore potrebbe porsi in attrito con il principio di personalità della responsabilità penale. Una volta attivato il collegamento, infatti, questi rimarrebbe impotente innanzi alla possibile ulteriore diffusione data al contenuto dai terzi, determinante per l'individuazione del momento consumativo. I termini per il decorso della prescrizione e per la proposizione della querela si estenderebbero in modo imprevedibile.

D'altra parte, se si considera che la gran parte degli illeciti in esame sono reati di mera condotta⁴⁸, la costruzione in via esegetica di un "evento cibernetico" potrebbe porsi altresì in contrasto con il principio di *legalità*. Alla struttura del reato verrebbe aggiunto un elemento ulteriore, ricavato dalla concreta modalità di estrinsecazione del fatto, idoneo a

factum, ma diventerebbe penalmente rilevante e base per una responsabilità concorsuale per omesso impedimento, rispondendo alle esigenze politico-criminali, che chiedono una maggiore responsabilizzazione anche penale degli operatori in Internet».

⁴⁷ Cfr. Cap. I, § 8.

⁴⁸ Cfr. S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, cit., p. 765.

permettere la scissione tra i momenti di perfezione e di consumazione anche nei casi in cui il soggetto attivo abbia perduto la possibilità di far cessare la permanenza dello stato anti-giuridico e, con esso, l'aggravarsi dell'offesa.

Ma vi è di più. Essendo del tutto imprevedibile la diffusione che il contenuto illecito potrebbe subire una volta caricato in rete, la responsabilità del soggetto attivo potrebbe assumere carattere oggettivo. In effetti, sarebbe pressoché inimmaginabile che l'utente, nel momento di primo caricamento del contenuto, possa rappresentarsi (e volere) la verifica dell'evento "cibernetico", anche qualora ricondotto ad un evento "astratto" e connotato da margini di "ripetibilità". E ciò per la naturale ragione che i connotati di siffatto evento sarebbero integralmente sottoposti alla volontà altrui e, perciò, assai difficilmente rappresentabili a priori.

Da ultimo, l'adozione di tale costruzione renderebbe nella sostanza *inconsumabile* l'illecito. Se è vero che il permanere del contenuto vietato su *Internet* comporta incontrovertibilmente l'aggravarsi dell'offesa, è altresì vero che essa continuerebbe ad approfondirsi sino a quando il contenuto non venisse integralmente eliminato dal *web*: circostanza di davvero ardua immaginazione.

L'unica alternativa plausibile sarebbe quella di valutare l'offensività dell'illecito non "in assoluto", cioè incrementata dalla continua disponibilità del contenuto in *Internet*, bensì in senso "relativo", ovvero nell'apice di diffusione dello stesso. In questa seconda visione, però, dovrebbe darsi un parametro certo, in senso tecnico e temporale, alla stregua del quale effettuare siffatta valutazione: ad es., con riguardo al primo profilo, potrebbe essere astrattamente valorizzato il numero di visualizzazioni, di interazioni, di ricondivisioni o di nuove memorizzazioni in ulteriori *server* (o di tutte siffatte eventualità); quanto al secondo, tale circostanza potrebbe essere apprezzata in chiave giornaliera, plurigiornaliera, mensile, annuale, etc.

Naturalmente, all'*inconsumabilità* dell'illecito si accompagnerebbero gli effetti che da essa dipendono: primo fra tutti il differimento del termine necessario a prescrivere. Certo, l'interesse punitivo dello Stato – come sostiene il chiaro A. – potrebbe non arrestarsi a seguito del primo caricamento del contenuto illecito; ma, soprattutto nei casi in cui l'utente lo abbia rimosso subito dopo averlo caricato, senza poterne tuttavia impedire la diffusione, una sanzione – intervenuta, ad es., a distanza di molto tempo dalla condotta – potrebbe veder grandemente svilita la propria funzione rieducativa.

Insomma, tale impostazione avrebbe l'evidente pregio di *responsabilizzare* i *providers* per non aver rimosso i contenuti illeciti di cui abbiano avuto conoscenza effettiva, in tal guisa mostrando la propria compatibilità con il c.d. *safe harbour* di matrice europea e contribuendo a ridurre la proliferazione degli illeciti nel cyberspazio. Qualora estremizzata, però, ad avviso di chi scrive, essa potrebbe porsi in contrasto con i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio e colpevole.

4.3. *La riconducibilità dell'illecito relativo ai contenuti al paradigma del reato permanente in senso lato (accoglimento)*

La posizione che si ritiene di dover adottare si pone a mezza via rispetto alle precedenti.

I criteri che sono stati elaborati per garantire la corretta individuazione del momento di consumazione materiale del reato – protrazione del *Tatbestand* accompagnata dalla signoria dell'agente sul fatto e mantenimento (o approfondimento) dell'offesa – depongono infatti per la scissione tra *Vollendung* e *Beendigung* qualora a venire in rilievo siano *content-related offences* nelle quali l'utente mantiene il proprio *dominio* sul fatto, ovvero rimanga nella disponibilità di rimuovere il contenuto.

Le eventuali riproposizioni e ulteriori diffusioni dell'informazione illecita scollegate dall'iniziale condotta dell'utente (si pensi al *download* di un contenuto, successivamente ripubblicato sullo stesso o su un diverso portale) dovrebbero essere valutate come autonome ipotesi di reato. Il primo caricamento fungerebbe da mera "occasione" per la realizzazione dell'illecito: la successiva diffusione verrebbe ad attivare un rischio illecito nuovo, del tutto svincolato da quello precedentemente azionato.

D'altra parte, che i reati relativi ai contenuti possano evitare di concludere la propria fase consumativa nel momento di prima integrazione della fattispecie astratta era eventualità ben nota anche chi si era occupato dell'argomento nel periodo precedente alla diffusione di *Internet*⁴⁹. Si richiamino, a proposito, le posizioni elaborate in relazione al caso del soggetto

⁴⁹ Osserva come nelle ipotesi tradizionali di diffamazione si ammetta ordinariamente la possibilità di protrazione della consumazione, ad es., S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 261.

che mantenga esposto sul proprio balcone un manifesto ingiurioso, nonché quelle in merito alla scissione tra “esposizione” e “distribuzione” dello stampato, quali forme di sua “pubblicazione”.

Quanto alla prima ipotesi (esposizione), si è osservato: «che vi siano atti illeciti i quali, anche se frequentemente si verificano nella forma della istantaneità, tuttavia possono assumere il carattere della permanenza, non può sicuramente negarsi, come dimostra la figura del c.d. reato eventualmente permanente». Allora, si aggiunge, «la menzionata figura [...] costituisce una convincente riprova che la permanenza non può riferirsi che alla condotta dell’agente, solo questa potendo integrare la violazione della norma e atteggiarsi, in relazione al tempo, in modo diverso, a seconda che l’agente decida o meno di prostrarla: la c.d. eventualità della permanenza non può risolversi, infatti, che sul piano della condotta realizzata, se cioè abbia una certa durata, diversamente non si comprenderebbe». Conseguentemente, si rileva, «non può escludersi anche una ingiuria permanente, come nel caso di chi avesse cura di mantenere esposto per lungo tempo sul balcone, al fine di ingiuriare il suo dirimpettaio, un paio di corna»⁵⁰.

Quanto alla seconda (distribuzione), si rileva che «quando lo stampato viene offerto al pubblico con [la modalità della distribuzione], sembra da escludere che il reato possa qualificarsi permanente: normalmente, infatti, né l’autore dello scritto, né il responsabile della pubblicazione possono impedire che la pubblicazione si svolga in un certo arco di tempo». Viceversa, quando esso trova estrinsecazione tramite “esposizione”, modalità che «consiste nell’esibire il testo riprodotto in luogo pubblico o aperto al pubblico, non si può escludere *a priori* l’eventualità che la protrazione della pubblicazione nel tempo dipenda esclusivamente dalla volontà del responsabile». E si prosegue: «in tal caso non sembra possibile negare che il reato contenuto nello stampato sia permanente»⁵¹.

Se, dunque, non può dubitarsi del fatto che le poc’anzi richiamate ipotesi di “esposizione” possano veder protrarre i propri elementi costitutivi e, così, manifestare una situazione di *permanenza*, non si comprende perché altrettanto non potrebbe valere quando a venire in rilievo siano reati relativi ai contenuti commessi mediante un mezzo molto più temibile in chiave offensiva: quello informatico e telematico. Infatti, la possibilità di rimuovere il contenuto illecito dal portale ove è stato caricato non pare una situazione molto

⁵⁰ A. PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, cit., p. 420 s.

⁵¹ T. PADOVANI, *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 829.

diversa rispetto a quella di colui che mantenga esposto sul proprio balcone un manifesto ingiurioso.

I profili correlati all'automazione dello strumento, che implicano una intensità di proliferazione dell'illecito esulante dal controllo del soggetto agente, pur sempre però nella possibilità di rimuoverlo, verranno a breve meglio scandagliati e valutati nella sede *dogmaticamente* più opportuna. Per ora, basti evidenziare che nei casi in cui l'autore mantiene un controllo sulla comunicazione – intesa, nella sua formulazione minima, come facoltà di interromperla – sembra corretto «parlare di “permanenza” della violazione»⁵².

4.4. (segue) *Le critiche al richiamo del reato permanente in senso lato (approfondimenti e censure)*

Chi ha approfondito il predetto costrutto ermeneutico – riconducibile, come detto, alla *protraibilità* della violazione *online* – ne ha negato l'avallo alla luce di tre diverse ragioni:

i) la *discontinuità* dell'offesa nei casi in cui questa dipenda dalla percepibilità del contenuto lesivo;

ii) la riconducibilità dei maggiori effetti diffusivi ai meccanismi automatizzati utilizzati dalle piattaforme per amplificare la visibilità dei contenuti ritenuti di interesse;

iii) l'inaccettabilità, sul piano politico-criminale, delle conseguenze che ad una siffatta impostazione conseguirebbero.

4.4.1. *La discontinuità della lesione al bene giuridico*

⁵² S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 262, la quale prosegue: «si immagini [...] che [...] venga “postato” sulla pagina personale di un *social network* o su un sito web di dominio dell'autore; in un'ipotesi come questa non può certo negarsi che il mantenimento in rete del messaggio diffamatorio sia imputabile al reo, nella misura in cui egli ha la possibilità di cancellarlo. Accolta questa prospettiva, parrebbe corretto concludere che la diffamazione a mezzo Internet ha natura permanente e dura fintantoché il reo mantiene il contenuto sulla propria pagina, essendo invece irrilevante l'ulteriore circolazione del dato immesso nella rete», pur successivamente arrivando ad opposte conclusioni (pp. 262 ss.).

Scorrendo gli scritti della dottrina d'oltralpe, si percepisce una certa diffidenza in relazione all'accoglimento della tesi proposta (reato permanente in senso lato); segnatamente, nella misura in cui si propone di ricomprendere anche ipotesi nelle quali la lesione al bene giuridico assumerebbe carattere intermittente, non continuativo⁵³.

Qualora si voglia rappresentare su un grafico cartesiano l'offesa all'interesse tutelato realizzata dai reati permanenti – si osserva – questa assumerebbe le sembianze di una linea retta continua. Diversamente, analizzando le modalità di lesione dei reati che postulano, per la realizzazione dell'offesa, la visualizzazione del contenuto illecito da parte degli utenti (nel nostro ordinamento, tipicamente la diffamazione), se ne dovrebbe cogliere l'andamento discontinuo. Tale risultato potrebbe essere mutato solamente sostituendo, in via interpretativa, la *percezione* del messaggio con la sua *percepibilità*⁵⁴. In tal guisa, però, i confini del *Tatbestand* subirebbero una indebita lacerazione⁵⁵.

Al netto dei casi ove l'offesa corrisponde alla mera *messa a disposizione* del contenuto, dunque, si osserva come la riconducibilità della permanenza del contenuto illecito *online* alla costruzione del reato permanente (in senso lato) non possa che essere respinta.

⁵³ Cfr. M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, 4, p. 218 s., al quale si rimanda per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁴ Questa, nella sostanza, pare la soluzione a cui perviene il nostro diritto vivente – quantomeno maggioritario – in relazione all'individuazione del momento consumativo del reato di diffamazione commesso a mezzo *Internet* (art. 595, comma 3, c.p.). Sull'implicito presupposto dell'impossibilità di accertare quando sia intervenuta la seconda percezione del contenuto (come noto, idonea ad integrare la fattispecie di diffamazione) e, al contempo, della tendenziale coincidenza di siffatto momento con quello di primo caricamento, esso finisce per far coincidere la *percezione* dell'offesa con la sua *percepibilità*, salva la prova contraria, a carico però dell'interessato. Evidente la violazione del principio di legalità. In tal guisa, una difficoltà probatoria si tramuta nella modifica della struttura del reato. A comprova di siffatta tendenza si richiami, a titolo esemplificativo, il seguente passaggio di una recentissima pronuncia di legittimità: «in tema di diffamazione tramite “internet”, ai fini della individuazione del “*dies a quo*” rilevante per la tempestività della querela, occorre considerare che la diffamazione, avente natura di reato di evento, si consuma nel momento e nel luogo in cui i terzi percepiscono l'espressione ingiuriosa e, dunque, nel caso in cui frasi o immagini lesive siano immesse sul “web”, nel momento in cui il collegamento sia attivato, di guisa che l'interessato, normalmente, ha notizia della immissione in internet del messaggio offensivo o accedendo direttamente in rete o mediante altri soggetti che, in tal modo, ne siano venuti a conoscenza. Ne deriva se non la assoluta contestualità tra immissione in rete e cognizione del diffamato, almeno una prossimità temporale di essi, sempre che l'interessato non dia dimostrazione del contrario» (Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2025, n. 28621). Nello stesso senso, tra le altre, Cass. pen., sez. V, 14 marzo 2022, n. 24585; Cass. pen., sez. V, 30 aprile 2021, n. 22787; Cass. pen., sez. V, 29 maggio 2015, n. 38099.

⁵⁵ Cfr. M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, cit., p. 218 s.

In particolare, si evidenzia che «alla presa di conoscenza sfalsata nel tempo da parte di altri utenti dovrebbe mancare una continuità necessaria per la permanenza. La ragione di ciò è che l'attualizzazione dell'effetto della manifestazione non rientra nella sfera di influenza dell'autore del reato, ma dipende dalle visite al suo profilo da parte di altri utenti, dalla visibilità algoritmicamente determinata nei *newsfeed* degli utenti collegati e soprattutto dall'interazione di altri utenti con il contenuto»⁵⁶.

Rimandando al paragrafo successivo la valutazione delle problematiche connesse all'automazione, mette conto ora osservare che siffatta posizione pare invero fondarsi sulla concezione naturalistica di illecito già in precedenza avversata⁵⁷.

Da siffatto punto di vista, la situazione non parrebbe molto diversa da un sequestro di persona “intermittente”, caratterizzato dalla momentanea (e involontaria) liberazione e dalla nuova “ricattura” da parte del soggetto attivo. In un caso come quello richiamato, non si potrebbe certo dubitare che a venire in rilievo sia un solo illecito, che peraltro si consuma nel momento di rilascio o di perdita di controllo “finale” della vittima. E la ragione, a nostro sommo avviso, è che, sviluppandosi l'azione a breve distanza di tempo e, soprattutto, non manifestando essa nessuna interruzione significativa nel suo specifico *senso delittuoso*, a concretizzarsi dovrebbe essere il medesimo rischio illecito inizialmente attivato dall'agente.

Vero è che il soggetto attivo compie naturalisticamente più azioni, ma tutte paiono riconducibili all'iniziale riduzione della libertà personale, successivamente riacquistata e poi ancora perduta a causa dell'iniziale liberazione della vittima, intervenuta su propria iniziativa. Siffatta impostazione, oltre a confermare ancora una volta la rilevanza oggettiva del dolo⁵⁸, sventa la possibilità di frammentazione dell'azione in tanti segmenti quanti sono le effettive ri-compressioni del bene giuridico, mai veramente posto in salvo.

La necessità di rinvenire un univoco criterio interruttivo delle azioni dolose corrispondenti al *Tatbestand*, anche quando naturalisticamente non connotate da una spiccata unitarietà, spinge dunque ad aderire alla posizione di chi a tal fine valorizza l'art. 56, comma 3, c.p.: «Una volta intervenuta la desistenza, si assume [...] che sia terminata anche l'azione tipica ai sensi del reato integrato lungo l'iter di quello finale dal quale si è

⁵⁶ M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, cit., p. 218.

⁵⁷ Cfr. *supra*, § 3.

⁵⁸ Cfr. Cap. I, §§ 10 ss., ove è stata evidenziata la rilevanza del dolo già in sede di tipicità.

desistito»⁵⁹. Non ravvisando tuttavia alcuna giustificazione che possa sorreggere l'esclusione da tale regola generale dei casi di desistenza "coatta", essendo del tutto indifferente tale carattere rispetto all'accertamento in esame, si conclude che «l'azione tipica è unica finché colui che la pone in essere non desiste (volontariamente o meno) dal porla in essere»⁶⁰.

A prescindere allora dagli intervalli *naturalistici* che la compressione al bene giuridico potrebbe subire, a cause di circostanze indipendenti dalla volontà del soggetto attivo, l'azione dovrà dirsi protratta – e, con essa, la consumazione – sino a quando, nelle ipotesi dolose, l'attore non desista, volontariamente o meno.

Quanto detto, spinge a considerare come *protrazione* di un unico fatto tipico la continua disponibilità del contenuto illecito sul *web*, a prescindere dal lasso di tempo intercorrente tra le visualizzazioni che nel tempo si susseguono; e ciò quand'anche a venire in gioco siano fattispecie che costruiscono la lesione all'interesse tutelato sulla base della percezione da parte dei terzi del contenuto illecito. Naturalmente, ciò varrà sino all'ultimo accesso effettivo all'informazione vietata, a seguito del quale verrebbe meno l'approfondimento dell'offesa e, conseguentemente, il periodo di consumazione.

Al contempo, le ulteriori diffusioni del contenuto da parte di terzi, facendolo proprio e salvandolo su nuovi server, costituiranno nuovi e autonomi reati. Indubitabile, infatti, che in tali ipotesi venga attivato un rischio ulteriore rispetto a quello inizialmente attivato (e protratto) dal primo soggetto attivo.

Si porranno quindi due ipotesi.

⁵⁹ L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 324. Sul punto, va però precisato che l'A. distingue i criteri di separazione per l'accertamento dell'unità o della pluralità di azioni in base al carattere colposo o doloso delle stesse. Se, infatti, nel primo caso sarebbe sufficiente guardare al tipo di rischio attivato, nel secondo, la valorizzazione dell'elemento volitivo imporrebbe il richiamo alla desistenza (volontaria o coatta). La questione meriterebbe un più ampio approfondimento. Tuttavia, ad una prima approssimazione, parrebbe potersi ammettere che il criterio della desistenza funga da selettore per i diversi rischi (dolosi o colposi) attivati, non rendendo quindi incompatibile la differente natura del rischio con l'individuazione delle diverse *azioni* dolose. D'altronde, gli esempi richiamati dall'A., relativi (i) all'autista che si rende conto che continuando a procedere ad una determinata velocità, benché nel rispetto dei limiti, finirà per investire un pedone e (ii) al soggetto che esplode più colpi nei confronti di più persone, potrebbero essere sciolti richiamando quanto già evidenziato al Cap. I, §§ 10.4 ss. Nel primo caso, infatti, la consapevolezza del fallimento della regola cautelare agirebbe sulla *liceità* del rischio attivato, ma non sulla sua "specificità" o "tipologia"; rispetto al secondo, andrebbe precisato che il rischio di cui si tratta è un rischio normativo, quantunque connotato dal grado dell'offesa, non prettamente ontologico. In tal guisa, a nulla rileverebbe che con più azioni, nel medesimo contesto, vengano esplosi più colpi: il rischio rimarrebbe unico (e riconducibile al reato di omicidio).

⁶⁰ L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 325.

i) Per le fattispecie (come la diffamazione) che correlano l'approfondimento dell'offesa alla percezione del contenuto da parte degli utenti, scontata l'identificazione del momento di (prima) consumazione formale in coincidenza con il (primo) caricamento del contenuto, il momento di consumazione sostanziale del reato dovrà individuarsi nel momento dell'ultima visualizzazione, eventualmente precedente a quello di rimozione del contenuto o della perdita di disponibilità dello stesso da parte dell'autore.

ii) Per le fattispecie (come quelle di diffusione di materiale pedopornografico o di immagini o video sessualmente espliciti) che richiedono invece un collegamento che implichi l'ingresso nella sfera di disponibilità del destinatario delle informazioni diffuse, in quanto afferenti a condotte "comunicative"⁶¹, a prescindere però dall'effettiva percezione dell'utente – questo l'elemento distintivo rispetto al caso precedente⁶² –, il reato potrà dirsi consumato nel momento dell'ultimo collegamento attivato, che non di rado coincide con quello in cui l'informazione venga rimossa ovvero sia uscita dalla disponibilità dell'utente.

4.4.2. *Gli effetti dell'automazione sulla diffusione dell'illecito*

Un ulteriore profilo di asserita criticità della tesi della *permanenza* afferisce al legame di stretta interdipendenza tra l'approfondimento dell'offesa e il carattere automatizzato del mezzo informatico. Nello specifico, si rileva come nei casi in esame la diffusione dell'informazione – diversamente da quanto accadrebbe nelle tradizionali ipotesi "analogiche", qual è, ad es., la pubblicazione dello stampato tramite "esposizione" – dipenderebbe pressoché in via esclusiva dal funzionamento di meccanismi di automatizzazione del mezzo informatico, a propria volta correlati all'interesse mostrato dai visitatori verso l'informazione. Sarebbe infatti il tempo trascorso dagli utenti su un determinato contenuto *online*, il numero di interazioni con lo stesso, quando naturalmente il portale lo consenta (es. ripubblicazioni, *download*, reazioni di approvazione o di disapprovazione, quali *likes*, *love*, *hate*, etc.), nonché il grado di attenzione mostrato dagli utenti per contenuti simili a definire il livello di proliferazione dei dati illeciti. E se si comprende che siffatti caratteri esulano – almeno in linea di principio – dalla sfera di

⁶¹ Cfr. Cap. I, § 6, ove è stato precisato il momento di perfezione di tali illeciti.

⁶² Potrebbe infatti accadere che l'utente si connetta al server di destinazione, ma senza prendere effettiva visione del contenuto illecito (perché, ad es., questo viene coperto da un banner pubblicitario).

signoria del soggetto agente, se ne dovrebbe ricavare l'inammissibilità della posizione che riconduce le *content-related offences* realizzate *online* al paradigma del reato permanente (in senso lato). Così, per un verso, viene prospettato un intervento normativo teso a responsabilizzare anche i soggetti che ricondividono il contenuto o esprimono giudizi di valore sullo stesso, quantunque standardizzati (es. appongono *likes* e/o reazioni di altra natura), atteso che ne provocherebbero la diffusione⁶³; per altro verso, viene proposta l'elaborazione di una nuova forma di manifestazione del reato⁶⁴.

Ebbene, non si può che evidenziare come nonostante siffatti fattori, alla base della diffusione dell'illecito, non fossero immaginabili prima dell'avvento di *Internet*, già a quel tempo il grado dell'offesa ben avrebbe potuto dipendere da circostanze non governabili dal soggetto attivo.

Si pensi al caso, analogo a quello poc'anzi richiamato, dell'esposizione di un manifesto diffamatorio su un balcone. In questa ipotesi, l'approfondimento dell'offesa, correlata al numero di percezioni dell'informazione da parte di terzi, è inevitabilmente vincolato (anche) a variabili non controllabili dall'autore del reato. L'esposizione del manifesto in una data qualunque o la stessa condotta tenuta in una giornata nella quale scoppi un'improvvisa attenzione mediatica sull'abitazione del vicino – perché l'abitante diviene, ad es., oggetto di cronaca mondana – manifestano una completa inconciliabilità della magnitudo delle offese cagionate, pur a fronte della realizzazione del medesimo illecito. Incanalando la questione su binari già percorsi, può inferirsi che in questo caso non vi è corrispondenza (per sproporzione) tra il rischio inizialmente attivato dal soggetto attivo e quello realizzatosi nei risultati lesivi.

In proposito, riprendendo l'esame svolto in precedenza⁶⁵, si è osservato come l'accertamento del nesso di rischio, implicante la corrispondenza tra il rischio illecito attivato o aggravato e quello tradottosi nell'offesa, risponda all'esigenza di dar piena ottemperanza al principio di personalità, nella propria doppia gemmazione: di fatto proprio e colpevole.

⁶³ M. NUSSBAUM, *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, cit., pp. 218 ss.

⁶⁴ V. *supra*, § 4.2, in relazione alla valorizzazione del tempo seguente al caricamento del contenuto illecito nell'ambito della fase consumativa del reato; e ciò quand'anche l'utente abbia perso la possibilità di rimuovere l'informazione precedentemente pubblicata.

⁶⁵ *Supra*, Cap. I, §§ 9 ss.

In tal guisa, si è dimostrato come con riguardo ai reati relativi ai contenuti commessi *online* assuma un peso decisivo, in relazione alla profondità della lesione inferta all'interesse tutelato, il grado di diffusione dell'informazione vietata: ciò consentirebbe di superare l'impostazione che sovrappone il disvalore del fatto all'esclusiva *tipologia* del contenuto (es. pedopornografico, diffamatorio, incitante all'odio, etc.).

Tale circostanza, soprattutto se combinata con la necessità di individuare diversi rischi in relazione ad illeciti che manifestano una progressione omogenea nell'offesa ai medesimi interessi (es. i delitti di percosse e lesioni), ha condotto ad integrare il giudizio sulla natura del rischio, prima attivato e poi concretizzatosi, con il grado di lesione provocato dall'illecito.

Così, la necessaria individuazione del tipo di rischio in chiave *ex ante* – imprescindibile per mantenere distinti i concetti di *rischio* e di *causa* – ha portato a negare la sussistenza del *nesso di rischio* nei casi in cui l'offesa realizzatasi manifesti un disvalore (*rectius* un livello di offesa all'interesse tutelato) del tutto incompatibile con quello di azione. In tali ipotesi, il rischio attivato e quello realizzatosi, connotato da un grado di lesione fortemente dipendente dalla verifica di circostanze imprevedibili, non potranno che mantenere una propria autonomia⁶⁶.

Nessun dubbio dunque sulla possibilità che possano essere circostanze esterne all'agente o meccanismi automatizzati (la cui efficacia diffusiva è imprevedibile, nella misura in cui dipende dal numero di visualizzazioni o da altre circostanze non controllabili dall'agente) ad approfondire l'offesa all'interesse tutelato: ciò che rileva, ai fini dell'*imputazione* dell'offesa al soggetto attivo, è che vi sia corrispondenza tra il rischio attivato e quello tradottosi nel risultato lesivo, così come in concreto manifestatosi.

D'altro canto – ed è ciò che ora maggiormente interessa – i risvolti del ragionamento si colgono proprio con riferimento alla *protrazione* dell'illecito *online*.

Esemplificando, non si può negare che il rischio attivato dalla pubblicazione di un contenuto su un portale visitato da pochi visitatori al giorno, al mese, o all'anno debba essere mantenuto distinto dal rischio materializzatosi nell'esplosione mediatica causata da circostanze del tutto imprevedibili *ex ante*: i gradi dell'offesa sono completamente differenti. Ciò che è rimasto sino ad ora in ombra, però, è che la fattispecie incriminatrice afferenti ai due rischi – che divergono esclusivamente sul piano offensivo – è la medesima.

⁶⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 10.3.

Ma ciò non basta. È stato altresì evidenziato che il mantenimento della disponibilità dell'informazione vietata sul portale ove è stata inizialmente caricata, che si tramuta nell'ulteriore *diffusione* della stessa, protrae la consumazione dell'illecito. Fino a quando rimarrà nella possibilità dell'utente rimuovere il contenuto caricato – e sempre che non venga eliminato da altri – l'illecito non potrà dirsi consumato. Sussistono infatti entrambi gli elementi che connotano l'individuazione della *Beendigung*: estensione del fatto tipico, correlata alla disponibilità per il soggetto attivo di porre fine alla fase antigiuridica, e prolungamento (o aggravamento) dell'offesa.

In tema di diffamazione, merita infatti condivisione l'opinione di chi – in risposta a coloro i quali escludono il ricorso al paradigma del reato permanente in quanto, da un lato, la circolazione e la diffusione dei contenuti dipenderebbero dall'automazione insita nello strumento informatico, estraneo alla signoria del reo, e, dall'altro lato, il principio di legalità non consentirebbe di ricomprendere nel concetto di condotta gli «ulteriori effetti collegati al funzionamento di *Internet* e all'operato di ulteriori *server* o all'attività degli utenti»⁶⁷ – evidenziano come «nei casi in cui l'autore della diffamazione mantiene un controllo sulla comunicazione, non sembra errato parlare di “permanenza” della violazione»⁶⁸.

Naturale, allora, la domanda: come si coniuga siffatta impostazione con la mancata corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello realizzatosi nell'offesa, così come in concreto manifestatasi?

La risposta, lo abbiamo anticipato, non può che risiedere nell'individuazione del momento consumativo del reato. Due le situazioni che potrebbero venire in rilievo:

i) qualora vi sia omogeneità tra il rischio illecito attivato e quello tradottosi nel risultato lesivo, l'illecito potrà dirsi consumato – al netto delle precisazioni operate in precedenza – nel momento di rimozione del contenuto (da parte dell'autore o di terzi) ovvero in quello di perdita della signoria sullo stesso da parte del soggetto attivo. Si pensi, ad es., al caricamento di un contenuto vietato da parte di un personaggio pubblico su una piattaforma frequentata da milioni di utenti. Il rischio di ampia diffusione dello stesso, anche attraverso meccanismi automatizzati, è insito nella condotta considerata. Disvalore di azione e di evento si collocano in rapporto di equilibrio in funzione della relazione di corrispondenza tra rischio attivato e realizzato.

⁶⁷ S. SEMINARA, voce *Internet (diritto penale)*, cit., p. 570.

⁶⁸ S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 262.

ii) Nel caso in cui l'offesa manifestatasi in concreto risulti del tutto sproporzionata ed imprevedibile rispetto ai connotati della condotta, l'illecito dovrà ritenersi consumato nel momento in cui risulta essersi interrotto quel rapporto di corrispondenza tra rischio attivato e concretizzatosi: quindi nel momento di ultima "comunicazione"⁶⁹, prima che si verificassero le circostanze che hanno provocato l'imprevedibile proliferazione del contenuto. Non rileva, in questo secondo caso, che il soggetto attivo mantenga la possibilità di rimuovere il contenuto: il disvalore dell'offesa effettivamente concretizzatasi rompe i legami con quella insita nella propria condotta.

La soluzione, d'altra parte, ben si coniuga con la posizione di coloro i quali ritengono che «il riconoscimento legislativo del reato permanente sembra favorire una concezione davvero normativa dell'azione, sganciandola dalla necessità di accertare un continuo *agere* corporeo-meccanicistico. In questo senso, permanente potrebbe dirsi l'azione che, per come descritta in astratto, sembra richiedere soltanto nella sua fase iniziale un movimento corporeo – comunque imprescindibilmente imposto dal principio di materialità – accontentandosi poi del permanere di una situazione cui l'agente potrebbe porre immediatamente fine, ma che non richiede un suo costante apporto corporeo per mantenersi in vita»⁷⁰. E ciò, a ben vedere, è proprio quello che accade nelle ipotesi in esame, ove l'utente materialmente carica un contenuto – così attivando un rischio specifico – che successivamente viene lasciato nella disponibilità dei destinatari.

Breve: la natura del rischio attivato non può che essere valutata in relazione alla componente *naturalistica* dell'azione, individuabile nella frazione iniziale. La successiva protrazione dell'offesa causata dalla mancata rimozione dell'informazione illecita, nella disponibilità dell'agente, non può determinare una trasformazione del rischio inizialmente attivato e determina, al tempo stesso, la protrazione dell'azione (in senso normativo): quindi la fase di *permanenza*.

Diversamente, l'approfondimento della lesione dovuta a circostanze imprevedibili ed esulanti dalla signoria del soggetto attivo non potrà essere a questi *imputato*. A richiederlo è il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio, prima che colpevole.

⁶⁹ Momento coincidente con l'ultimo collegamento attivato (in questo caso però precedente all'insorgenza di circostanze che comportino l'imprevedibile diffusione dell'informazione). Cfr. Cap. I, § 6 e *supra*, § 4.4.1.

⁷⁰ L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., p. 344.

4.4.3. I risvolti problematici della teoria

La posizione qui difesa, tuttavia, non è priva di conseguenze problematiche in chiave politico-criminale. Se, infatti, sul piano teorico la ricomprensione delle *content-related offences* commesse *online* tra i reati permanenti *in senso lato* pare coerente con i criteri che si è ritenuto di adottare, non possono essere negate le ricadute problematiche che l'avallo di una siffatta soluzione recherebbe con sé.

Quando vi fosse corrispondenza tra il rischio illecito attivato e quello realizzatosi nell'offesa, il termine di prescrizione dovrebbe essere individuato nel momento di consumazione sostanziale dell'illecito, riconducibile, con le dovute approssimazioni, al tempo in cui il contenuto viene rimosso (dall'utente o dall'ISP) o nel quale l'autore ne perde la disponibilità. E analoga soluzione dovrebbe essere esplicitata in relazione al termine per la proposizione della querela.

Nelle ipotesi meno gravi (quali la diffamazione), ove l'autore dell'informazione illecita potrebbe non averla rimossa per lungo tempo, siffatte ricadute lo renderebbero perseguibile sostanzialmente *ad nutum*.

Certo, in tali casi si potrebbe riflettere sull'effettiva sussistenza del dolo da parte del soggetto che, una volta caricato il contenuto, se ne dimentichi: ad es., poiché trascorsi anni dalla prima pubblicazione. Ciò non di meno, siffatta prova diverrebbe molto difficile da fornire, sia in positivo sia in negativo. Attesa la vacuità di azioni materiali al fine di consentire la *protrazione* della violazione, che si manifesta autonomamente a seguito della condotta di caricamento dell'informazione illecita, sarebbe assai difficile ricavare *indicatori* di una costante e sempre attuale volontà di mantenimento dell'offesa.

Proprio le problematiche che l'individuazione dei termini di prescrizione e per la presentazione della querela comporterebbero a seguito dell'accoglimento della teoria spinge allora anche coloro i quali paiono aver precedentemente manifestato aperture alla tesi della *consumazione prolungata* dell'illecito cibernetico – nel caso specifico, della diffamazione commessa *online* – a tornare sui propri passi, concludendo che «*de iure condito* è preferibile affermare la natura istantanea dell'illecito valorizzando la circostanza che, al pari delle altre ipotesi di diffamazione tramite pubblicazione, il disvalore di questo reato consiste nella diffusione del contenuto lesivo, nel caso specifico coincidente con la sua immissione nella rete». E ciò poiché «l'idea di una permanenza della diffamazione a mezzo *Internet*, benché

non priva di fondamento sul piano della realtà materiale, dischiude delicati problemi di disciplina». Così, si rileva, «probabilmente per questa ragione il diritto pretorio ha finora attribuito una rilevanza limitata alla fase *post*-perfezionativa, senza spingersi a dichiarare il carattere permanente della violazione»⁷¹.

Pur condividendo tali timori, non si può che evidenziare l'impossibilità di escludere la portata criminosa di determinati fatti, così come discendenti dalla corretta interpretazione degli istituti di parte generale, esclusivamente per le conseguenze problematiche che comporterebbero sul piano politico-criminale (o probatorio).

L'interprete, si è condivisibilmente osservato, «non deve preliminarmente prefissarsi un traguardo pratico da raggiungere [...] e poi studiare l'argomento giuridico» o, aggiungiamo noi, politico-criminale, «adeguato allo scopo; deve invece ricostruire quale è il risultato che scaturisce dal diritto positivo, impiegando gli usuali strumenti esegetici, per poi eventualmente denunciare manchevolezze o vuoti di tutela»⁷² o, ancora, un eccessivo rigore punitivo.

Siamo dunque favorevoli all'introduzione di una norma che individui il momento di decorrenza della prescrizione e del termine per la proposizione della querela dei reati in esame nel tempo del primo caricamento del contenuto in rete⁷³. Prima di tale modifica normativa, però, la protrazione degli elementi costitutivi dell'illecito non potranno che determinare la *permanenza* della violazione e, con essa, la traslazione dei predetti termini.

Evidenti le conseguenze dell'impostazione adottata sul terreno della responsabilità dei *providers*: fino al momento di consumazione materiale dell'illecito, questi potranno rispondere per aver *contribuito attivamente* alla diffusione del contenuto, ed essere dunque responsabilizzati in via concorsuale, naturalmente qualora abbiano avuto conoscenza effettiva dell'informazione illecita.

⁷¹ S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 264.

⁷² D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023, p. 37.

⁷³ Sul punto, si segnala che ad una siffatta soluzione si è pervenuti, benché per via giudiziaria, nell'ordinamento francese. Con la sentenza n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, in www.conseil-constitutionnel.fr, infatti, il *Conseil constitutionnel* è pervenuto a dichiarare la contrarietà alla Costituzione dell'art. 6, IV, *loi pou la confiance dans l'économie numérique* n° 2004-575 del 21 giugno 2004, che aveva individuato il *dies a quo* della prescrizione nella data in cui è cessata l'accessibilità del messaggio da parte del pubblico in rete.

5. Conclusioni (parziali)

Come ormai crediamo esser stato sufficientemente dimostrato, sono plurime le ipotesi nelle quali, già *de lege lata*, il *provider* potrebbe essere chiamato a rispondere, in via autonoma o concorsuale, per gli illeciti realizzati attraverso la fornitura del proprio servizio.

Nessun dubbio gravita attorno al caso in cui questi divenga il vero e proprio autore del contenuto: alla pari di qualsiasi altro utente, sarà chiamato a rispondere per aver creato e pubblicato in rete un'informazione illecita suscettibile in una fattispecie incriminatrice (è il caso del c.d. *content provider*)⁷⁴.

Altrettanto incontrovertibile – invero più nell'*an* che nel *quomodo* – è la responsabilità del *provider* che abbia svolto scorrettamente l'attività di moderazione di un *newsgroup* o di una *mailing list*. Benché in siffatte ipotesi il fornitore sia chiamato ad effettuare un vero e proprio vaglio preventivo sul contenuto da diffondere, tale da farlo proprio, si è ritenuto che plurime ragioni depongano per la loro collocazione tra le ipotesi concorsuali commissive.

A tal fine, si richiamano:

i) la necessità di considerare realizzati i reati che presuppongano la tenuta di condotte “comunicative” solamente qualora il contenuto sia pervenuto nella disponibilità dei destinatari. Considerando autonoma la responsabilità del *provider*, si dovrebbe ammettere che alla *tipicità* del suo contributo non corrisponda quella dell'azione compiuta dal creatore dell'informazione: non solo essenziale per la realizzazione del risultato lesivo, ma altresì esplicante il suo maggior disvalore;

ii) l'opportunità di distinguere le ipotesi di autoria e di concorso in base all'*autonomia* del rischio attivato o aggravato, quantunque afferente alla medesima natura, rispetto all'estrinsecazione dell'offesa. Nel caso di specie, il *provider* non fa altro che *concretizzare* un rischio attivato dall'utente: rischio che mai potrebbe sfociare nella lesione senza il contributo dell'operatore;

iii) in riferimento alle posizioni che considerano nel dolo ricompresa anche la colpa, la struttura della regola cautelare violata, orientata ora a prevenire (*ex ante*) o a svilire di significato (*ex post*) il contributo illecito da altri realizzato (regola cautelare ‘relazionale’),

⁷⁴ Cfr. Cap. II, § 2.1.

ora ad evitare in via diretta il risultato lesivo⁷⁵. È alla prima categoria che appartiene infatti l'eventuale regola cautelare violata dal fornitore, tendendo questa non tanto – e in via diretta – ad impedire l'offesa, quanto, piuttosto, a svincolare di significato la condotta dell'utente.

Parimenti ampi sono i margini di certezza – costantemente riconosciuti – che garantiscono l'impossibilità di ravvisare in capo all'ISP una posizione di garanzia volta ad impedire *ex ante* la commissione dei reati. A tal riguardo, giova richiamare:

i) la necessità di mettere in conto l'eventuale *malfunzionamento* dei sistemi di filtraggio preventivo, che rischiano di reprimere ingiustificatamente il corretto esercizio di diritti fondamentali: primo fra tutti il diritto alla manifestazione del pensiero;

ii) l'impossibilità di richiedere al *provider* un controllo di tutti i contenuti pubblicati dagli utenti, il quale rallenterebbe peraltro la trasmissione dell'informazione e, così, l'attrattività del servizio;

iii) sul piano normativo, il dettato dell'art. 15 dir. CE 2000/31, recepito nell'art. 17 del d. lgs. 70/2003 ed oggi confluito nell'art. 8 del regolamento 2022/2065 (DSA), che esclude per i fornitori qualsivoglia dovere di ricerca attiva di reati commessi tramite i servizi offerti e di controllo sulle informazioni che trasmettono o memorizzano;

iv) per gli *access provider*, l'impossibilità tecnica di escludere l'accesso al contenuto caricato, il quale, a causa della conformazione reticolare di *Internet*, rimarrebbe sempre disponibile per i destinatari. In tali ipotesi, dovrebbe dunque negarsi il *potere (fattuale, prima che giuridico) di impedimento dell'illecito*⁷⁶.

Assai più oscillanti sono invece le opinioni in merito alle condizioni che dovrebbero governare un'eventuale responsabilità del *provider* per aver fornito, *ex ante*, quello che si è rivelato il vero e proprio *strumento* per la realizzazione del reato, ovvero per non aver rimosso o oscurato, *ex post*, l'informazione vietata, una volta caricata: fluttuazioni, anche dal punto di vista dell'inquadramento dogmatico, che si riflettono, naturalmente, sul responso finale circa la possibile rimproverabilità penale dell'ISP.

Quanto alla prima, si è osservato come sino a quando la fornitura del servizio, per le proprie modalità di estrinsecazione, rimanga confinata nell'area di rischio lecito, non possa essere ravvisata alcuna forma di responsabilità dell'operatore economico; e ciò quand'anche questi abbia conoscenza delle intenzioni criminali degli utenti. L'azione *consentita*, prima

⁷⁵ Cfr. Cap. II, § 2.2.1.

⁷⁶ Cfr. Cap. II, § 2.4.

che neutrale, sulla base di una valutazione effettuata *ex ante* dal legislatore anche rispetto al bilanciamento di interessi contrapposti (libero esercizio di diritti fondamentali e dell'attività economica privata vs. tutela delle vittime dei reati realizzati *online*), non può essere negata in base all'esclusiva *consapevolezza* della futura commissione del reato. In caso contrario, il principio di personalità della responsabilità penale – che postula sia l'imprescindibile carattere illecito del rischio attivato o aggravato dal soggetto attivo (o dal concorrente), sia la sua corrispondenza con quello materializzatosi nell'evento lesivo – verrebbe a subire un'inammissibile compressione⁷⁷.

Tali ragioni sostengono la sostanziale esenzione del rimprovero del fornitore di servizi di accesso e trasmissione temporanea di dati, naturalmente quando essi si limitino ad eseguire i comandi degli utenti senza modificare il contenuto delle informazioni o selezionare i destinatari delle stesse: in tal guisa, non verrebbe attivato o aggravato alcun rischio illecito.

La considerazione, d'altro canto, trova conferma nel dettato dell'art. 4 DSA – corrispondente al contenuto degli artt. 12 dir. CE 2000/31 e 14 d. lgs. 70/2003 –, che esclude la responsabilità dell'ISP per le “informazioni trasmesse o a cui si è avuto accesso a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”.

Le maggiori controversie si annidano invece sulla configurabilità di una responsabilizzazione penale del prestatore di servizi digitali che non abbia rimosso il contenuto illecito di cui è venuto a conoscenza, avendone così determinato l'ulteriore diffusione. Esclusa la ravvisabilità di una posizione di garanzia volta a rimuovere l'informazione vietata, la risoluzione al quesito si è vista dipendere, nella sostanza, dalla definizione di due questioni di fondo:

a) l'inquadrabilità nel paradigma *commissivo* oppure in quello *omissivo* della condotta del *provider* che seguiti a fornire il servizio di memorizzazione di media o lunga durata di dati illeciti⁷⁸;

b) la ricomprensione del tempo durante il quale il contenuto rimanga fruibile per gli utenti in rete nell'ambito della fase di *consumazione* del reato ovvero, in via alternativa, in quella del *post-factum* non punibile⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. Cap. II, § 2.2.2., Cap. III, § 8.1.

⁷⁸ Il profilo è stato approfondito nel Cap. III.

⁷⁹ Alla questione è stato dedicato questo Cap. IV.

Sotto il primo profilo, dopo aver ripercorso le ragioni che impongono una chiara distinzione teorica tra azione e omissione, ne sono stati approfonditi caratteri e criteri distintivi. A tal fine, si è rivelata risolutiva – almeno a nostro modesto avviso – l’unione di criteri naturalistici e normativi. Non potendosi negare una componente naturalistica dell’omissione, la sua distinzione rispetto all’azione è stata ricondotta all’efficacia *causale* del comportamento rispetto al brano di vita rilevante ai sensi della fattispecie incriminatrice valutata. In ottica concorsuale, ciò è stato tradotto nel rapporto di *strumentalità* del contributo del partecipe rispetto alla commissione plurisoggettiva del fatto tipico. Si è così approdati alla qualificazione *commissiva* del contributo (concorsuale) del *provider*, atteso l’inevitabile carattere *strumentale* del mantenimento del contenuto sul proprio portale rispetto alla diffusione dell’illecito, almeno con riguardo al servizio di *hosting*.

Inevitabile la conseguenza: intervenuta la conoscenza certa del contenuto illecito, l’obbligo di rimozione dello stesso dal proprio *server*, ovvero l’inibizione al suo accesso, lungi dal potersi ricavare da un supposto dovere di impedimento dell’illecito (o della sua protrazione), verrebbe a connotare la semplice condotta alternativa lecita dell’ISP. L’unica in grado di assicurare al fornitore una “via d’uscita” rispetto ad una responsabilità concorsuale di matrice attiva, che, altrimenti, sorgerebbe automaticamente, nel momento di caricamento del contenuto da parte dell’utente. Un contro-rimedio imprescindibile per rifuggire da indebite presunzioni di responsabilità e, al contempo, per assicurare il pieno rispetto del principio di colpevolezza.

La portata costitutiva dell’art. 6 DSA, che regola i casi di esenzione del rimprovero dell’*hosting provider*, verrebbe, in tal guisa, fortemente ridimensionata e sostanzialmente ricondotta alla sola richiesta di un dolo diretto da parte dell’ISP.

Coerentemente con quanto previsto dagli artt. 13 dir. CE 31/2000 e 15 d. lgs. 70/2003, oggi confluiti nell’art. 5 DSA, il *caching provider* potrà invece essere chiamato a rispondere in concorso con il reato dell’utente solamente nel caso in cui abbia avuto effettiva conoscenza che le informazioni illecite sono state rimosse dal *server* in cui si trovavano (o il relativo accesso sia stato disabilitato) ovvero che un’autorità ne abbia imposto la rimozione o l’impedimento dell’accesso. Ciò, però, sempreché sia possibile ravvisare un contributo *strumentale* alla diffusione dell’illecito, che si traduce in una duplice condizione: per un verso, è necessario che l’*hosting provider* abbia rimosso o impedito l’accesso all’informazione illecita e, per altro verso, è indispensabile che questa sia rimasta

disponibile in rete, poiché salvata sulla *cache* del *provider* di cui si indaga la responsabilità, per un tempo considerevole (es. almeno qualche ora o giorno)⁸⁰. Il difetto di uno di questi due presupposti esclude che il contributo del *caching provider* possa dirsi strumentale rispetto alla verifica dell'offesa, così come *hic et nunc* manifestatasi.

Anche quanto al secondo profilo, quello relativo alla possibilità di considerare l'illecito in fase di consumazione nel periodo successivo alla pubblicazione del contenuto da parte dell'utente – elemento assai rilevante per la responsabilizzazione in via concorsuale del *provider*, ammissibile solo nella fase consumativa⁸¹ –, la soluzione si è vista dipendere, in definitiva, dalla sussistenza di due circostanze, talvolta scomponibili in ulteriori sotto-condizioni:

i) l'assoggettamento della protrazione della violazione alla signoria dell'utente, che dovrebbe sempre mantenere la facoltà di rimuovere il contenuto, in combinazione con la persistenza (o l'approfondimento) dell'offesa;

ii) la corrispondenza tra il rischio illecito attivato attraverso il primo caricamento e quello realizzatosi nel risultato lesivo, che si traduce, nella sostanza, nell'esclusione di circostanze *ex ante* imprevedibili che abbiano comportato una improvvisa diffusione del contenuto, del tutto incompatibile con quella inizialmente preventivabile. In questo senso, si è rivelata decisiva la ricomprensione del grado dell'offesa nella definizione del tipo di rischio della cui concordanza a quello successivamente manifestatosi si sta scorrendo⁸².

L'approfondimento dell'evoluzione normativa in merito alle condizioni di esenzione della responsabilità del *provider* ha inoltre consentito di ravvisare nell'entrata in vigore del DSA e, al contempo, nell'abrogazione degli artt. 14, 15, 16 e 17 del d. lgs. 70/2003 da parte dell'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024 il “ritorno” ad una disciplina di *sfavore* per l'ISP. Nello specifico, è venuto meno, con riguardo alla responsabilità dell'*hosting provider*, il requisito della conoscenza “qualificata” del contenuto illecito, atteso il suo necessario

⁸⁰ Cfr. Cap. III, § 8.2.

⁸¹ Come più volte è stato ricordato, la soluzione non esclude che il *provider* possa essere considerato responsabile in concorso con i soggetti che abbiano ulteriormente pubblicato il contenuto illecito: esse debbono infatti ritenersi autonome ipotesi criminose. In questo secondo caso, sarebbe però assai difficile fornire la prova del dolo in capo al *provider*, salvo volerla ritenere insita nell'astratta possibilità, del tutto priva di coordinate e soggettive e oggettive in merito ad una futuribile ripresa del contenuto da parte di terzi. A rimanere incerti sarebbero infatti sia gli eventuali autori della ripubblicazione, sia i tempi, i modi e gli strumenti con la quale essa potrebbe concretizzarsi.

⁸² Cfr. *supra*, § 4.4.2.

assoggettamento, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003, alla “comunicazione” da parte dell'autorità.

Ad oggi, non è quindi più necessario che il fornitore del servizio di memorizzazione di lunga durata di dati, sul quale, come si è ampiamente osservato, si concentrano le maggiori possibilità di responsabilizzazione concorsuale, sia venuto a conoscenza dell'illecito per via “qualificata” (cioè a seguito della segnalazione da parte dell'autorità). Ad essere richiesto è solamente il carattere di “effettività” della stessa, indipendentemente dal canale (interno o esterno) utilizzato.

Breve: avuta conoscenza effettiva del contenuto illecito, il *provider* deve rimuoverlo, pena la configurazione di una responsabilità concorsuale attiva con l'autore della violazione (al netto naturalmente della sussistenza delle circostanze che ne ammettono la protrazione della tipicità: sintetizzando al massimo, (i) possibilità dell'utente di rimuovere il contenuto caricato, in uno con l'aggravamento dell'offesa arrecata dal mantenimento della disponibilità sul portale, e (ii) corrispondenza tra il rischio attivato con la prima pubblicazione e quello realizzatosi nella lesione)⁸³.

A nostro avviso, gli “obblighi di diligenza” imposti dal DSA, autonomamente e gravemente sanzionati in via amministrativa⁸⁴, non incidono su tale approdo. In tal senso depongono, per tutti, la permanenza del richiamo alle condizioni di esenzione della responsabilità del *provider*, che altrimenti verrebbe privato di ogni significato, e la *natura “sistemica”* (non ontologica) del rischio oggetto di valutazione e gestione da parte dei fornitori di servizi di dimensioni molto grandi⁸⁵.

Uno specifico approfondimento è stato altresì riservato all'art. 16, par. 3, DSA⁸⁶, la cui vera novità, lungi dal poter fondare un'ipotesi di responsabilità per colpa punita a titolo di dolo, risiede nell'ampliamento della responsabilità del *provider* anche ai casi in cui il

⁸³ Un'eccezione si rinviene nel settore della tutela del diritto d'autore, la cui disciplina, pur difficilmente coniugabile con quella predisposta dal DSA, parrebbe richiedere che l'oscuramento del contenuto, lungi da una autonoma iniziativa del *provider*, debba dipendere dall'ordine di rimozione impartito dall'autorità, anche su sollecitazione del soggetto interessato (cfr. Cap. II, § 6.3).

⁸⁴ Il riferimento è, per ciò che più ora interessa, agli obblighi per le piattaforme e motori di ricerca molto grandi di valutazione e gestione di rischi anche afferenti alla diffusione di contenuti illeciti. Cfr. *supra*, Cap. I, § 6.1.

⁸⁵ Cfr. Cap. II, § 6.2.

⁸⁶ Questo il testo della disposizione “Si considera che le segnalazioni di cui al presente articolo [ovvero quelle pervenute all'ISP tramite i meccanismi di segnalazione e azione] permettono di acquisire una conoscenza o consapevolezza effettiva ai fini dell'articolo 6 in relazione alle specifiche informazioni in questione qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato”.

carattere illecito del contenuto non emerga con evidenza: requisito ricavabile, invero non senza acrobazie ermeneutiche, anche nella legislazione previgente⁸⁷.

Pare dunque riaffiorare la preoccupazione del c.d. *chilling effect*, ovvero della censura automatica delle informazioni qualora vi sia un dubbio circa la loro illiceità: circostanza assai pericolosa per la tutela dei diritti fondamentali esercitabili (anche) in rete, primo fra tutti, il diritto alla libertà di espressione.

Sul punto, si è però osservato come, ad un più attento sguardo, la soluzione normativa parrebbe più positiva di quanto potrebbe a prima vista sembrare.

Il DSA prescrive infatti di adottare meccanismi, anche molto celeri, di ricorso avverso provvedimenti di rimozione, ai quali gli autori del contenuto censurato possono far appello per far valere le proprie ragioni. In tal guisa, si evita il rischio di proliferazione del contenuto (almeno apparentemente) illecito – al quale sarebbe pressoché impossibile, *ex post*, porre rimedio – e, al contempo, si consente al proprio autore di evidenziare la scorretta valutazione effettuata dal fornitore, che potrebbe essere rivista in tempi assai rapidi.

D’altro canto, il dovere dell’ISP di comunicare il provvedimento di rimozione al soggetto che ne abbia subito gli effetti consente una pronta reazione da parte dello stesso: prontezza di (richiesta di) intervento non ravvisabile a beneficio del destinatario dell’offesa, che potrebbe non venire mai a conoscenza dell’informazione lesiva o esserne reso edotto molto tempo dopo, quando la situazione appare ormai irrimediabilmente compromessa.

In definitiva, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, il DSA pare aver proposto per la tutela delle vittime dei reati *online*, al contempo assicurando pronti rimedi per far valere la lesione di diritti “espressivi” o “comunicativi” indebitamente compressi. La soluzione, condivisibile o meno, pare ben armonizzata con il carattere *pervasivo* e *criminogeno* di *Internet*⁸⁸ e, in questi termini, difficilmente sottoponibile a censura.

⁸⁷ Cfr. Cap. II, § 6.4.

⁸⁸ Sul punto, Cap. I, § 7.

CAPITOLO V

DALLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANIZZATORE ALLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANIZZAZIONE. PROPOSTE *DE IURE* *CONDENDO*

Sommario: 1. Premessa: una lettura 'disincantata' delle dinamiche sociali (di fornitura). – 2. Uno sguardo comparato. – 2.1. Il NetzDG tedesco. – 2.2. La *Loi Avia* francese. – 2.3. L'*Online Safety Act*. – 3. Alla ricerca del responsabile nelle organizzazioni complesse. – 3.1. Il dolo dell'*intraneus*. – 3.2. Il cortocircuito ermeneutico derivante dalla qualificazione omissiva della condotta di (errata) moderazione. – 3.3. La nozione di garante inteso come "gestore del rischio". Un parallelismo con il diritto penale del lavoro. – 3.3.1 Le ricadute sul piano della responsabilità dei soggetti deputati all'attività di moderazione. – 3.4. Il criterio di competenza per il rischio. – 4. L'opportuna introduzione di una fattispecie colposa. – 5. La *vexata quaestio* dell'accertamento causale nel concorso di persone. Ancora un confronto con il settore penal-lavoristico. – 6. (*segue*) Una fattispecie "strumentalmente" orientata? – 7. Punire l'organizzatore per punire (anche) l'organizzazione. – 7.1. L'occasione per riflettere su colpa e colpevolezza di organizzazione. – 8. Sinossi conclusiva.

1. Premessa: una lettura 'disincantata' delle dinamiche sociali (di fornitura)

Per quanto irta di complicate dal punto di vista dogmatico, la soluzione a cui siamo pervenuti ci pare, in ultima analisi, abbastanza lineare. Con le dovute approssimazioni, il fornitore del servizio di *hosting* – ma analoga considerazione potrebbe essere spesa, con le precisazioni anzidette, in relazione a quello di *caching* e alle piattaforme digitali – potrebbe incorrere, *de lege lata*, in una ipotesi di responsabilità concorsuale attiva con l'autore del contenuto illecito qualora, divenutone edotto, non lo rimuova o lo renda inaccessibile.

Il discorso, però, diviene quantomai complicato se attualizzato all'interno della concreta dinamica di funzionamento di siffatti fornitori di servizi *Internet* e in *Internet*.

Già si è osservato come la sostanziale anomia che a lungo ha pervaso il settore di interesse, oltre ad evidenziare disparità di trattamento difficilmente giustificabili con le rigide regolamentazioni dei mezzi di comunicazioni “tradizionali”, abbia consentito la creazione di veri e propri “giganti del web”. Soggetti (di diritto) caratterizzati da un potere in grado di incidere non solo sull’andamento economico del mercato, ma, altresì, sulle decisioni politiche che dovrebbero governarlo⁷⁶⁸.

Ebbene, sarebbe assai poco proficuo, in vista del fine che ci siamo prefissati, rimanere ancorati ad una analisi della responsabilità di siffatti attori del *web* intesi quali singole persone fisiche; benché a lungo è a tale stadio che ci si è arrestati.

La connotazione plurisoggettiva che l’organizzazione di tali fornitori assume nello svolgimento della quotidiana attività di concessione del servizio si colora del carattere della *complessità*. Una *complessità orizzontale*: plurimi soggetti possono essere chiamati a svolgere una specifica mansione sincronicamente, dovendo quindi assumere decisioni sostanzialmente collegiali⁷⁶⁹; una *complessità verticale*, caratterizzata da una marcata “gerarchizzazione” dell’attività, plasmata da doveri di controllo, di segnalazione e, talvolta, finanche di impedimento di reati altrui; nonché una *complessità trasversale*, contraddistinta dalla scissione tra poteri *decisionali* e di *percezione del rischio*⁷⁷⁰. Tutte forme della complessità che, intrecciandosi tra loro, conformano molteplici e complicati scenari nei quali l’interprete si trova chiamato a valutare la responsabilità del singolo.

Ciò non di meno, rispetto alle tradizionali ipotesi dolose approfondite nel diritto penale dell’economia (tra tutte, quelle fallimentari e societarie), la casistica in oggetto si differenzia per almeno un tratto peculiare. Al netto di vicende patologiche, qui non è l’organo di vertice che assume consapevolmente *determinazioni* idonee a tradursi in (più o meno immediati) risultati lesivi: queste determinazioni provengono da terzi, del tutto estranei all’organizzazione, che ne *strumentalizzano* i servizi (leciti) per fini criminali.

La conseguenza, come si avrà modo di osservare, è che il rischio di incorrere in rimproveri penali si appunta primariamente, al netto dei rilievi che seguiranno, sui soggetti più vicini alla fonte di rischio (esterna appunto): *ergo*, su coloro che sono chiamati a valutare, anche con l’aiuto di strumenti automatizzati, la liceità dei contenuti immessi dai

⁷⁶⁸ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.2.

⁷⁶⁹ Sulla tematica, per tutti, A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1147 ss., e, da ultimo, L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁷⁷⁰ Sulla problematica, si tornerà *infra*, ai §§ 3 ss.

destinatari del servizio. E tale risultato, beninteso, prescinde dalla buona fede o dalla correttezza dell'operato degli organi apicali, ovvero di coloro che dettano le strategie di impresa e che detengono il vero potere decisionale e di spesa (anche in relazione a presidi preventivi). È un tratto *fisiologico* della conformazione del rimprovero. Gli uffici dei *manager* sono talmente distanti da quelli ove si svolge l'attività di *moderazione* dei contenuti che, nella sostanza, possono dirsi sprovvisti della *competenza* a gestire tale tipologia di rischi⁷⁷¹.

Evidente allora come risulti necessaria un'attenta riflessione in merito all'opportunità politico-criminale di mantenere una disciplina che potrebbe finire – salve le considerazioni che seguiranno – per colpire i soggetti più 'deboli' all'interno dell'organizzazione, soggiogati, per un verso, dal timore di censurare troppo, e così assoggettare la *societas* a richieste risarcitorie (oltre che a esporla al rischio di essere meno attrattiva), nonché, per altro verso, da quello di oscurare o rimuovere troppo poco, in guisa tale da esporsi in proprio alla minacciosa scure dello *ius terribile*.

Queste premesse inducono a ritenere che quel che non può essere rimandato, in ogni caso, è un intervento penale teso a sanzionare la scorretta organizzazione dell'apparato di controllo che ha consentito la proliferazione dell'illecito. Proprio siffatta forma di rimprovero, di matrice eminentemente colposa, sarà dunque oggetto del presente capitolo, che si concluderà con un rapido sguardo sulle conseguenze che l'introduzione di un illecito teso a sanzionare *l'organizzatore* potrebbe comportare sul piano della responsabilità penale *dell'organizzazione*, soprattutto se davvero svincolata da quella dell'autore del reato presupposto (interno all'impresa).

2. Uno sguardo comparato

Per proporre una consapevole riforma normativa, è opportuno volgere lo sguardo almeno alle principali previsioni (penali e non) introdotte in altri ordinamenti e direttamente volte a sanzionare il *provider*, ora inteso come persona fisica, ora come persona giuridica, per condotte *lato sensu* correlate al difetto di prevenzione (*ex ante*) o di proliferazione (*ex post*) dei contenuti illeciti.

⁷⁷¹ Sul criterio di competenza, in senso delimitativo della responsabilità penale, cfr. *infra*, § 3.4.

A fungere da apripista, tra gli ordinamenti a noi più vicini, sia territorialmente, sia per tradizione giuridica, è quello tedesco, che, con l'entrata in vigore nel 2017 del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, oggi in larga parte abrogato in forza dell'avvento del DSA, aveva imposto doveri di controllo e di rimozione dei contenuti vietati scanditi da rigide scadenze temporali.

Un simile tentativo è stato attuato anche in Francia. In questo caso, tuttavia, la *Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* (c.d. *Loi Avia*), per la parte relativa a siffatti obblighi, è stata censurata dal *Conseil constitutionnel* ancor prima della propria promulgazione.

Da ultimo, interessanti spunti comparativi pervengono dall'ordinamento anglosassone, che, con l'emanazione dell'*Online Safety Act (OSA)*, mostra l'introduzione di specifici illeciti, anche di matrice colposa, per soggetti apicali (*senior managers* e *corporate officers*) che, in estrema sintesi, abbiano agevolato o intrinsecamente avallato la verifica dell'illecito da parte del *provider-persona giuridica*.

2.1. Il NetzDG tedesco

I già analizzati obblighi di predisposizione di canali di segnalazione di informazioni vietate, oggi contenute nel DSA, sono stati originariamente introdotti, benché in forma “minimale”, nell'ordinamento tedesco, con la promulgazione, nel 2017, del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*⁷⁷².

L'atto normativo, che ricomprende tra i propri destinatari esclusivamente “fornitori di servizi di telemedia che gestiscono piattaforme *Internet* a scopo di lucro progettate per consentire agli utenti di condividere qualsiasi contenuto con altri utenti o di renderlo

⁷⁷² *Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352)*. Una traduzione italiana dell'atto normativo, a cura di G. GIANNONE CODIGLIONE, è stata pubblicata in *MediaLaws*, 11 ottobre 2017. In commento alla disciplina, tra gli altri, M. FOGLIA, *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo 2020, pp. 6 ss.; J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema Penale*, 11 marzo 2021; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 27 dicembre 2022, pp. 17 ss. Qualche cenno si trova anche in S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 3, p. 377.

accessibile al pubblico (*social network*)”⁷⁷³, non invece piattaforme ospitanti contenuti giornalistici ed editoriali o quelle progettate per la comunicazione individuale o per la diffusione di contenuti specifici (art. 1, § 1, comma 1, NetzDG), individua infatti, per i *providers*, obblighi (i) di trasparenza (art. 1, § 2, NetzDG), (ii) di gestione dei reclami relativi ai contenuti illegali, con annessi doveri di rimozione degli stessi (art. 1, § 3, NetzDG), (iii) di nomina di un rappresentante autorizzato alla ricezione delle notifiche e di un addetto al riscontro delle richieste da parte delle autorità competenti all’applicazione della relativa legge (art. 1, § 5, NetzDG).

Due sono, ai nostri fini, i profili di maggior interesse:

i) l’introduzione di obblighi di rimozione, in un tempo definito, di contenuti illeciti afferenti ad uno specifico elenco di reati (art. 1, § 1, comma 3, NetzDG) obblighi peraltro oggi superati dall’abrogazione delle relative disposizioni;

ii) la concentrazione della responsabilità – di natura amministrativa – sulla persona giuridica: non sulle persone fisiche che la compongono.

i) Prendendo le mosse dall’oggetto del precetto, mette conto evidenziare che il NetzDG aveva introdotto per i *provider* il dovere di predisporre in favore degli utenti meccanismi di segnalazione di contenuti illeciti, considerando tali esclusivamente quelli richiamati all’art. 1, §1, comma 3⁷⁷⁴. Siffatto canale doveva permettere alla piattaforma di valutare senza ritardo l’illiceità dell’informazione. Qualora tale accertamento avesse dato esito positivo, l’informazione vietata avrebbe dovuto essere rimossa entro 7 giorni dal ricevimento della segnalazione, ovvero entro 24 ore quando si fosse trattato di contenuti

⁷⁷³ L’art. 1, §1, comma 2, NetzDG, precisa invero che la normativa si rivolge esclusivamente agli operatori con più di 2 milioni di utenti registrati in Germania.

⁷⁷⁴ Sono tali i reati di: distribuzione di materiale propagandistico di organizzazioni incostituzionali e terroristiche (§ 86 StGB); uso di simboli di organizzazioni incostituzionali e terroristiche (§ 86a StGB); preparazione di un grave atto di violenza pericoloso per lo Stato (§ 89a StGB); istigazione alla commissione di un grave atto di violenza pericoloso per lo Stato (§ 91 StGB); falsificazione a scopo di lucro (§ 100a StGB); incitamento pubblico a commettere reati (§ 111 StGB); turbamento della pace pubblica mediante minaccia di reati (§ 126 StGB); costituzione di associazioni criminali, anche all’estero (art. 129 e 129b StGB); costituzione di associazioni terroristiche, anche all’estero (§ 129a e 129b StGB); incitamento all’odio (§ 130 StGB); rappresentazione di violenza (§ 131 StGB); ricompensa e approvazione di reati (§ 140 StGB); insulto nei confronti di confessioni religiose, comunità religiose e organizzazioni filosofiche (§ 166 StGB); diffusione, acquisizione e possesso di materiale pedopornografico (§ 184b StGB); ingiuria (§ 185 StGB); diffusione di fatti degradanti agli occhi dell’opinione pubblica (§ 186 StGB); diffamazione (§ 187 StGB); violazione dell’ambito più intimo della vita e dei diritti della personalità mediante riprese fotografiche o video (§ 201a StGB); minaccia (§ 241 StGB); falsificazione di documenti (§ 269 StGB).

manifestamente illeciti. Naturalmente, la decisione assunta dal fornitore avrebbe dovuto essere immediatamente comunicata agli autori sia della segnalazione sia del contenuto⁷⁷⁵.

D'altro canto, va rilevato come il legislatore tedesco non si sia limitato a predisporre un obbligo di rimozione oltremodo celere, ma abbia ad esso affiancato – probabilmente poiché consapevole della difficoltà tecnica e giuridica del comando – doveri di monitoraggio mensile da parte degli apicali sul buon funzionamento del servizio di moderazione, di immediata rimozione delle carenze organizzative ad esso inerenti e di formazione almeno semestrale dei soggetti deputati al trattamento dei reclami⁷⁷⁶.

ii) La violazione di siffatti obblighi avrebbe comportato l'irrogazione di una sanzione amministrativa assai afflittiva per il *provider*: sino a 5 milioni di euro (art. 1, § 4, comma 2, NetzDG)⁷⁷⁷. E che fosse proprio la persona giuridica il soggetto destinatario della

⁷⁷⁵ Questo il dettato dell'art. 1, §3, commi 1 e 2, NetzDG: "(1) Il fornitore di una rete sociale deve mantenere una procedura efficace e trasparente, ai sensi dei paragrafi 2 e 3, per la gestione dei reclami relativi a contenuti illeciti. Il fornitore deve mettere a disposizione degli utenti una procedura facilmente riconoscibile, direttamente accessibile e costantemente disponibile per la trasmissione di reclami riguardanti contenuti illeciti.

(2) La procedura deve garantire che il fornitore della rete sociale

1. venga immediatamente a conoscenza del reclamo e verifichi se il contenuto segnalato nel reclamo sia illecito e debba essere rimosso o l'accesso ad esso debba essere bloccato,

2. rimuova o blocchi l'accesso a un contenuto manifestamente illecito entro 24 ore dal ricevimento del reclamo; ciò non si applica se la rete sociale ha concordato con l'autorità competente di perseguimento penale un periodo più lungo per la cancellazione o il blocco del contenuto manifestamente illecito,

3. rimuova o blocchi l'accesso a qualsiasi contenuto illecito immediatamente, di norma entro sette giorni dal ricevimento del reclamo; il termine di sette giorni può essere superato se

a) la decisione sulla illiceità del contenuto dipende dalla falsità di un'affermazione di fatto o chiaramente da altre circostanze fattuali; in tali casi, la rete sociale può offrire all'utente la possibilità di presentare osservazioni sul reclamo prima della decisione,

b) la rete sociale trasferisce la decisione sulla illiceità entro sette giorni dal ricevimento del reclamo a un organismo di autoregolamentazione riconosciuto ai sensi dei paragrafi da 6 a 8 e si impegna a rispettarne la decisione,

4. nel caso di rimozione, conservi il contenuto a fini probatori e, a tal fine, lo archivi per un periodo di dieci settimane all'interno dell'ambito di applicazione delle direttive 2000/31/CE e 2010/13/UE,

5. informi immediatamente il denunciante e l'utente di ogni decisione e motivi della propria decisione".

⁷⁷⁶ L'art. 1, §3, comma 4, NetzDG così recita: "La gestione dei reclami deve essere monitorata dalla direzione del *social network* mediante controlli mensili. Le carenze organizzative nella gestione dei reclami ricevuti devono essere eliminate immediatamente. Alle persone incaricate del trattamento dei reclami devono essere offerti dalla direzione del *social network* corsi di formazione e assistenza in lingua tedesca regolarmente, almeno ogni sei mesi".

⁷⁷⁷ Rimarcano la natura amministrativa della responsabilità del *provider* J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, cit., p. 9; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 27 dicembre 2022, p. 18; S. BRASCHI, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, cit., p. 377. Di segno opposto, invece, la *nota breve* del Servizio Studi del Senato n. 188 – ottobre 2017, che fa esplicito riferimento alla natura penale dell'illecito del fornitore: «la legge, dunque, richiede al provider di rimuovere o bloccare l'accesso a contenuti manifestamente illegali entro 24 ore e il contenuto illegale entro 7 giorni; in caso di mancato adempimento, il reato può essere sanzionato, ai sensi del par. 4, con una multa da cinquecentomila a cinque milioni di euro» (p. 2).

sanzione lo si ricava, oltre che dal cospicuo ammontare della somma da corrispondere, soprattutto dal richiamo operato dall'art. 1, § 4, NetzDG al § 30, comma 2, terzo periodo, del *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (legge sugli illeciti amministrativi). Essendo infatti tesa quest'ultima previsione a disciplinare un meccanismo di incremento del *quantum debeat* in relazione alle sanzioni pecuniarie contro persone giuridiche e associazioni, è naturale che solo a tali entità il legislatore avesse voluto riferirsi.

Ebbene, pur trascurando la difficoltà di consentire una netta (e oggettiva) distinzione tra contenuti *manifestamente illeciti*⁷⁷⁸, per i quali vige un obbligo di rimozione entro 24 ore, e quelli “ordinari”, per il cui oscuramento si ammettono tempi più lunghi, pari a 7 giorni, occorre evidenziare come una netta scansione del requisito temporale non possa che comportare l'annientamento della concreta possibilità di distinguere situazioni assai diverse; e ciò non solamente rispetto al grado di approfondimento richiesto per la qualificazione dell'informazione come illecita, bensì anche in relazione alle concrete capacità dell'organizzazione di farvi fronte. Ben potrebbe infatti accadere che la società, pur essendosi dotata di un numero di risorse debitamente formate e compatibili con le proprie capacità economiche, non sia in grado di evadere in un tempo così breve un picco di reclami concentrati in un ristretto arco temporale. Si aprirebbero allora le porte ad una evidente ipotesi di responsabilità oggettiva, del tutto svincolata da qualsivoglia difetto organizzativo⁷⁷⁹.

Inoltre, va osservato che il carattere *manifesto dell'illiceità dell'informazione* corre su un binario distinto rispetto a quello della *lesività della stessa*. In altri termini, al caricamento di un contenuto evidentemente illecito non è detto che si associ il maggior disvalore della violazione. Il primo potrebbe infatti integrare una fattispecie assai lieve, almeno in astratto, come la diffamazione. Un contenuto che richiede un esame più approfondito (in ipotesi, sull'età di una persona ritratta in un video sessualmente esplicito) potrebbe invece essere correlato ad illeciti in assoluto assai più gravi, quali, per l'appunto, la diffusione di materiale pedopornografico.

⁷⁷⁸ Lo rileva J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, cit., p. 8 s., che prosegue con una serrata critica all'(auto)regolamentazione che è chiamato a svolgere un privato (il *provider*) su contenuti caricati da terzi. In argomento, e sul pericolo di una censura eccessiva (c.d. *overblocking*), si rimanda a quanto già espresso, e ai richiami dottrinali svolti, in commento al DSA, al Cap. II, §§ 6 ss.

⁷⁷⁹ Si rammenti, sul punto, che l'art. 1, §4, NetzDG richiede, quale coefficiente soggettivo minimo la colpa.

La previsione di una barriera temporale particolarmente stringente per l'adempimento degli obblighi di rimozione di contenuti *manifestamente illeciti* porterebbe dunque i *fornitori* a dar precedenza a siffatte violazioni, trascurando, almeno in prima battuta, quelle "ordinarie"; e ciò quand'anche la relativa disponibilità in rete comportasse un'offesa assai più profonda all'interesse protetto.

In definitiva, e assai sinteticamente, andrebbe rifiutata l'individuazione di un rigido argine temporale all'interno del quale valutare il corretto adempimento dell'obbligo di rimozione del fornitore, così come, a maggior ragione, una distinzione di tali termini fondata sull'evidenza dell'illiceità del contenuto. Piuttosto, andrebbe incoraggiata una diversificazione temporale della presa in carico dei reclami sulla base del grado di disvalore – in astratto e in concreto⁷⁸⁰ – del contenuto segnalato come illecito. D'altronde, tale accortezza, anche in difetto di una specifica previsione normativa, ben potrebbe essere considerata uno specifico connotato della *corretta organizzazione*, richiedendosene la formalizzazione in protocolli *ad hoc*. A tal fine, un peso determinante potrebbe essere assunto dagli atti di *soft law*: *in primis*, dalle linee guida delle associazioni di categoria.

2.2. La Loi Avia francese

Un simile percorso è stato intrapreso – invero con minor fortuna – anche in Francia, ove il 24 giugno 2020 è stata promulgata la *Loi visant à lutter contre la haine sur internet* (c.d. *Loi Avia*)⁷⁸¹.

Per ciò che ora interessa, la legge sulla lotta ai contenuti d'odio, nella sua versione originaria, all'art. 1, comma 1, prevedeva obblighi per il *provider*, puniti penalmente con *contravention*⁷⁸², di rimozione entro 24 ore dalla segnalazione di contenuti manifestamente illeciti riconducibili ad una vasta gamma di reati, tra cui quelli di apologia di reato; di

⁷⁸⁰ Si rimanda, in proposito, alle osservazioni sull'offensività in concreto enucleate al Cap. I, §§ 9 ss.

⁷⁸¹ *Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*. In commento alla normativa, M. FOGLIA, *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, cit., *passim*; T. GUERINI, *Il Presidente e lo Sciamano. Riflessioni sul ruolo del diritto penale come elemento regolatore dell'infosfera*, in *Arch. pen.*, 22 febbraio 2021, pp. 19 ss.; C. SICCARDI, *La "Loi Avia". La legge francese contro l'odio on line (o quello che ne rimane)*, in *La Costituzione non odia: conoscere, prevenire, contrastare l'hate speech on line*, a cura di M. D'Amico, C. Siccardi, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 167 ss.; G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 19 s.

⁷⁸² Segnatamente, con una sanzione pecuniaria pari a 250.000 euro.

incitamento alla discriminazione, all'odio o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, di religione o sesso, di identità di genere o di disabilità; nonché di trasmissione e diffusione di materiale pedopornografico⁷⁸³.

Ebbene, tali disposizioni sono state censurate ancor prima della loro entrata in vigore dal *Conseil constitutionnel*, il quale, con la pronuncia n. 2020-801 DC del 18 giugno 2020⁷⁸⁴, ha evidenziato come, alla luce della brevità del termine concesso all'operatore, della mancanza di cause di esenzione della responsabilità per l'ampio numero di segnalazioni pervenute e della difficoltà delle valutazioni richieste, siffatto obbligo si sarebbe inevitabilmente tradotto in una censura automatica di tutti i contenuti segnalati, con evidenti ripercussioni per la salvaguardia dei diritti fondamentali esercitabili (anche) in *Internet*.

Nello specifico, il *Conseil constitutionnel* ha osservato che:

«14. in primo luogo, l'obbligo di rimozione si impone all'operatore non appena una persona gli abbia segnalato un contenuto illecito [...].

15. In secondo luogo, sebbene spetti agli operatori di piattaforme *online* rimuovere soltanto i contenuti manifestamente illeciti, il legislatore ha previsto molteplici qualificazioni penali che giustificano la rimozione di tali contenuti. Inoltre, il loro esame non deve limitarsi al motivo indicato nella segnalazione. Ne

⁷⁸³ L'art. 1, comma 2, *Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* faceva specifico riferimento agli illeciti enucleati ai “commi quinto, settimo e ottavo dell'articolo 24, dell'articolo 24 *bis* e dei commi terzo e quarto dell'articolo 33 della *loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, degli articoli 222-33, 227-23 e 421-2-5 del Codice penale e, quando il reato riguarda contenuti pornografici, dell'articolo 227-24 dello stesso Codice”, specificamente richiamati dal *Conseil constitutionnel* come «apologia della commissione di determinati crimini; di provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di una persona o di un gruppo di persone a causa della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a un'etnia, una nazione, una razza o una religione determinata, o a causa del loro sesso, del loro orientamento sessuale o identità di genere o del loro handicap, o di provocazione alla discriminazione nei confronti di tali persone; di contestazione di un crimine contro l'umanità come definiti dall'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale annesso all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e che siano stati commessi o dai membri di un'organizzazione dichiarata criminale in applicazione dell'articolo 9 del suddetto statuto, o da una persona riconosciuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale; di negazione, minimizzazione o banalizzazione in modo oltraggioso dell'esistenza di un crimine di genocidio, di un altro crimine contro l'umanità diverso da quelli sopra menzionati, di un crimine di riduzione in schiavitù o di sfruttamento di una persona ridotta in schiavitù o di un crimine di guerra quando tale crimine sia stato oggetto di una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale; di ingiuria commessa nei confronti di una persona o di un gruppo di persone a causa della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a un'etnia, una nazione, una razza o una religione determinata o nei confronti di una persona o di un gruppo di persone a causa del loro sesso, del loro orientamento sessuale o identità di genere o del loro handicap; di molestia sessuale; di trasmissione di un'immagine o di una rappresentazione di un minore quando tale immagine o rappresentazione presenta un carattere pornografico; di provocazione diretta ad atti di terrorismo o apologia di tali atti; di diffusione di un messaggio a carattere pornografico suscettibile di essere visto o percepito da un minore» (cfr. *Conseil constitutionnel*, 18 giugno 2020, n. 2020-801 DC, in www.legifrance.gouv.fr).

⁷⁸⁴ *Conseil constitutionnel*, 18 giugno 2020, n. 2020-801 DC, in www.legifrance.gouv.fr.

consegue che l'operatore deve esaminare i contenuti segnalati alla luce dell'insieme di tali infrazioni, anche quando gli elementi costitutivi di alcune di esse possano presentare una tecnicità giuridica o, in particolare per quanto riguarda i delitti di stampa, richiedano una valutazione in rapporto al contesto di enunciazione o di diffusione dei contenuti in questione.

16. In terzo luogo, il legislatore ha costretto gli operatori di piattaforme online a soddisfare il loro obbligo di rimozione entro un termine di ventiquattro ore. Ora, tenuto conto delle difficoltà sopra menzionate di valutazione del carattere manifesto dell'illiceità dei contenuti segnalati e del rischio di segnalazioni numerose, eventualmente infondate, un tale termine è particolarmente breve.

17. In quarto luogo, risulta dai lavori parlamentari che il legislatore ha inteso prevedere, all'ultimo comma del paragrafo I del nuovo articolo 6-2, una causa di esonero di responsabilità per gli operatori di piattaforme online; tuttavia, questa, secondo la quale "il carattere intenzionale dell'infrazione ... può risultare dall'assenza di un esame proporzionato e necessario del contenuto notificato", non è formulata in termini tali da consentirne la determinazione della portata. Nessun'altra causa specifica di esonero di responsabilità è prevista, ad esempio in caso di molteplicità di segnalazioni nello stesso momento. [...]»⁷⁸⁵.

Conclude allora *Conseil constitutionnel*: «tenuto conto delle difficoltà di valutazione del carattere manifestamente illecito dei contenuti segnalati entro il termine impartito, della pena prevista già dal primo inadempimento e dell'assenza di una causa specifica di esonero di responsabilità, le disposizioni impugnate non possono che indurre gli operatori di piattaforme *online* a rimuovere i contenuti che vengono loro segnalati, siano essi manifestamente illeciti o meno. Esse recano quindi un'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione che non è necessaria, adeguata e proporzionata. Di conseguenza, senza che sia necessario esaminare gli altri motivi di censura, [tali disposizioni sono contrarie] alla Costituzione»⁷⁸⁶.

Dall'approfondimento di siffatto atto normativo e, insieme, delle relative censure, emerge, ancora una volta, l'inopportunità (*rectius* l'illegittimità, qualora ad essere introdotte siano fattispecie penali) di una rigida scansione del termine entro il quale il *provider* dovrebbe provvedere alla rimozione o all'oscuramento del contenuto segnalato come illecito, così come la necessaria valorizzazione, nell'ambito del sindacato sul "dovere di diligenza" del *provider*, delle condizioni giuridiche e fattuali che richiedono un'estensione del tempo necessario all'assunzione della decisione sulla censurabilità dell'informazione⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ *Conseil constitutionnel*, 18 giugno 2020, n. 2020-801 DC, in www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁸⁶ *Conseil constitutionnel*, 18 giugno 2020, n. 2020-801 DC, in www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁸⁷ G. FIORINELLI, *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, cit., p. 20 evidenzia inoltre come «il *Conseil constitutionnel* è stato poi molto di recente chiamato a pronunciarsi nuovamente sul tema, in vista della promulgazione di una legge di adeguamento all'entrata in vigore del già citato Regolamento europeo n. 2021/784, con la quale si comminano sanzioni penali, a carico del *provider*, per l'omessa rimozione di contenuti di stampo terroristico a seguito di un ordine dell'autorità competente: in questo caso, tuttavia, il *Conseil constitutionnel* ha concluso per la conformità a costituzione delle disposizioni scrutinate, sul triplice presupposto della determinatezza dell'oggetto (esclusivamente contenuti di natura terroristica precisamente definiti e tassativamente individuati), della possibilità d'impugnazione dell'ordine di rimozione e della previsione di cause di esclusione della responsabilità per il *provider* che, ad esempio, non

D'altro canto, va segnalato come il legislatore francese, nel tentativo di prevedere specifici reati per la mancata rimozione di contenuti manifestamente vietati, non si sia confrontato con la complessa organizzazione che oggi contraddistingue l'attività dei *providers*. Qualora siffatte disposizioni fossero entrate in vigore, sarebbe quindi inevitabilmente riaffiorata la questione – trattata di seguito⁷⁸⁸ – relativa all'individuazione del soggetto-persona fisica responsabile della violazione.

2.3. L'Online Safety Act

Qualche avanzamento sul piano dell'analisi della responsabilità del *provider*, inteso soprattutto quale organizzazione complessa, ove più soggetti si trovano a cooperare in vista di uno scopo comune, può rinvenirsi nell'*Online Safety Act* (OSA), oggetto del *Royal Assent* (ultimo passaggio formale del procedimento legislativo britannico) il 26 ottobre 2023.

L'atto normativo, che si compone di 241 *Sections*, è dichiaratamente teso a rendere più sicuro l'uso dei servizi *Internet* nel Regno Unito e, a tal fine:

“(a) impone obblighi che, in termini generali, richiedono [ai *providers*] di identificare, mitigare e gestire i rischi di danno [...] derivanti da

(i) attività e contenuti illeciti, e

(ii) attività e contenuti dannosi per i minori, nonché

(b) conferisce nuove funzioni e poteri all'autorità di regolamentazione, OFCOM”⁷⁸⁹.

La stessa sezione 1 prosegue rilevando che: “gli obblighi imposti ai fornitori dalla presente legge mirano ad assicurare (tra le altre cose) che essi siano:

(a) sicuri fin dalla progettazione, e

(b) progettati e gestiti in modo tale che:

(i) sia fornito un livello di protezione più elevato per i minori rispetto agli adulti,

abbia potuto provvedere alla rimozione per impossibilità lui non imputabile». Tale ultima pronuncia, per ciò che ora specificamente interessa, non pare tuttavia meritevole di approfondimento, in quanto avente ad oggetto previsioni inconferenti rispetto a quelle analizzate nel testo, benché in parte simili ad alcune di quelle contenute nella versione originaria della *Loi Avia* e censurate dal *Conseil constitutionnel*. Altro, infatti, è valutare la compatibilità costituzionale di un obbligo di *rimozione del fornitore* rispetto ad una *segnalazione* di terzi; altro è sindacare la legittimità del dovere del *provider* di conformarsi ad un *ordine di rimozione* dettato da un'autorità amministrativa.

⁷⁸⁸ Segnatamente, ai §§ 3 ss.

⁷⁸⁹ Section 1 OSA.

- (ii) siano tutelati i diritti degli utenti alla libertà di espressione e alla privacy, e
- (iii) siano garantiti trasparenza e responsabilità in relazione a tali servizi”⁷⁹⁰.

A ben vedere, nonostante la legge sia successiva al Brexit, la presente normativa si pone in linea con quanto previsto dal DSA in relazione all'imposizione di obblighi di valutazione e gestione di rischi-reato, nonché di canali volti ad assicurare la pronta segnalazione di informazioni vietate, sebbene una specifica attenzione venga in questa sede riservata, oltre alle offese “ordinarie”, a quelle che abbiano come destinatari i minori⁷⁹¹.

Ciò che desta maggior interesse per la presente ricerca, in ogni caso, è la previsione di specifiche responsabilità penali per le piattaforme, in ultima analisi discendenti dal difetto di obblighi di collaborazione con l'autorità (OFCOM), anche durante *audit*, e di mancata ottemperanza a provvedimenti di adeguamento dell'OFCOM impartiti a seguito dell'accertamento di violazioni afferenti alla sicurezza dei minori o a contenuti attinenti alla violazione della loro sfera sessuale (*Child Sexual Exploitation and Abuse - CSEA*)⁷⁹². Responsabilità della *corporation* a cui di riflesso si accompagna quello della persona fisica, collocata in una posizione apicale all'interno dell'organizzazione o dell'ufficio competente, alla stregua di un duplice criterio di imputazione, oggettivo e soggettivo, sebbene talvolta valorizzato in via alternativa.

A venire in rilievo sono le *Sections* 110 e 202 OSA, concernenti, rispettivamente, la responsabilità dei *senior manager* e dei *corporate officers*.

i) La prima prevede una responsabilità “di rimbalzo” per il soggetto, indicato dalla *corporation* quale *senior manager*, che non abbia adottato tutte le misure ragionevoli per impedire il concretizzarsi del reato da parte della persona giuridica. Gli illeciti (della *societas*) suscettibili di venire in rilievo vengono specificamente enunciati nella *Section* in

⁷⁹⁰ In commento alla normativa, benché soffermandosi su diversi profili, P. COE, *Tackling online false information in the United Kingdom: The Online Safety Act 2023 and its disconnection from free speech law and theory*, in *Journal of Media Law*, 2023, 15, pp. 213 ss.; R.L. GERBRANDT, *Media freedom and journalist safety in the UK Online Safety Act*, in *Journal of Media Law*, 2023, 15, p. 189 s.; M.W. JONES, *Regulation of Online Speech in the UK*, in *University of the Pacific Law Review*, 2024, 55, pp. 265 ss.; K. KALLIRIS, *Online harm, free speech, and the 'legal but harmful' debate: an interest-based approach*, in *Journal of Media Law*, 2024, 16, pp. 390 ss.; H. SCHMIDT, *The online safety act 2023*, in *Journal of Media Law*, 2024, 16, pp. 202 ss.; L.S. EASTWOOD, *Free speech online: regulating the internet without impeding free speech*, in www.theses.gla.ac.uk, 2024; H. FENWICK, *The Online Safety Act 2023: fostering democratic participation while combatting anti-democratic harms?*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2025, 76, pp. 83 ss.

⁷⁹¹ Il riferimento è, specificamente, alle *Sections* 9 ss. OSA per gli “*user-to-user service*”, cioè servizi *Internet* per mezzo dei quali i contenuti generati dagli utenti e caricati o condivisi sulla piattaforma possono essere visualizzati da altri utenti della stessa, e alle *Sections* 26 ss. OSA per i “*search service*”, ovvero *provider* costituiti, in via isolata o congiunta, da motori di ricerca.

⁷⁹² OFCOM è l'acronimo di *Office of Communications*.

esame e si riferiscono, in sostanza, al rilascio all'autorità di informazioni false o criptate, alla loro cancellazione o distruzione.

La disposizione codifica altresì una causa di esclusione della punibilità: al par. 8 viene infatti stabilito che “costituisce una difesa per un individuo accusato di un reato ai sensi della presente sezione dimostrare che l'individuo non era a conoscenza di essere stato indicato come dirigente senior in una risposta all'avviso informativo in questione”.

Per comprendere la portata della disposizione occorre premettere che, ai sensi della *Section* 103 OSA, l'OFCOM, nel richiedere informazioni al *provider*, può imporre il dovere di individuare il *senior manager* di riferimento. Si tratta di un soggetto apicale, interno all'organizzazione, dotato delle competenze idonee a riscontrare le richieste e ad assumere i provvedimenti conseguenti.

Chiaro, in proposito, il par. 4 della *Section* 103: “Un individuo è un «dirigente senior» di un ente se svolge un ruolo significativo relativamente a:

- (a) decisioni riguardanti il modo in cui le attività pertinenti dell'ente devono essere gestite o organizzate, oppure
- (b) la gestione o l'organizzazione effettiva delle attività pertinenti dell'ente”.

Specifica inoltre il paragrafo successivo della medesima sezione: “le «attività pertinenti» di un ente sono le attività relative alla conformità dell'ente ai requisiti normativi imposti dalla presente legge in relazione al servizio regolamentato cui si riferisce l'avviso informativo in questione”.

In generale, è la stessa *corporation* ad indicare il nominativo del proprio *senior manager*, naturalmente alla stregua dei criteri – legati ai poteri decisionali, gestori e organizzativi – poc'anzi richiamati. Qualora, però, ciò non accada, esso dovrà essere individuato in via interpretativa. D'altronde, sarà proprio tale soggetto a dover rispondere dell'illecito connesso al mancato riscontro (anche in ordine all'indicazione del proprio nominativo) alla richiesta dell'OFCOM, sempreché non abbia adottato tutte le misure idonee a prevenirne la verifica. Il rimprovero, tuttavia, potrà essere escluso se il tempo successivo all'avviso in cui il *senior manager* è stato in carica risultava inidoneo a soddisfare la richiesta (*Section* 110, par. 3, OSA)⁷⁹³.

⁷⁹³ Questa la versione integrale della *Section* 110 OSA: “(1) In questa sezione, «un individuo indicato come dirigente senior di un ente» significa un individuo che, come richiesto da un avviso informativo, è indicato come dirigente senior di un ente in una risposta a tale avviso (v. Sez. 103).

(2) Un individuo indicato come dirigente senior di un ente commette un reato se:

- (a) l'ente commette un reato ai sensi della sezione 109(1) (mancato rispetto dell'avviso informativo), e
- (b) l'individuo non ha adottato tutte le misure ragionevoli per impedire che tale reato fosse commesso.

(3) Costituisce una difesa per un individuo accusato di un reato ai sensi del comma (2) dimostrare che l'individuo è stato un dirigente senior ai sensi della sezione 103 per un periodo di tempo così breve dopo la

Breve: la sanzione viene correlata al mancato (ed esigibile) adempimento delle misure tese a prevenire la verifica dell'illecito di corretta informazione all'autorità⁷⁹⁴.

ii) Maggiormente articolati sono invece i criteri di imputazione oggettivi e/o soggettivi richiesti dalla *Section 202 OSA* per la responsabilizzazione dei *corporate officers*.

Come nel caso precedente, la responsabilità per tali soggetti-persone fisiche viene ricavata a partire da quella dell'organizzazione⁷⁹⁵, sebbene il numero di reati-presupposto venga notevolmente ampliato e individuato per esclusione, eccettuando quelli enucleati nella Parte 10 (*Communication offences*)⁷⁹⁶. Per poter determinare il rimprovero del *corporate officer*, infatti, oltre ai reati poc'anzi richiamati – quelli cioè afferenti ad un difetto informativo nei confronti dell'autorità –, il *provider* dovrà rendersi autore degli illeciti di mancata collaborazione (o falsità) con l'OFCOM, anche in relazione ad audit (*Sec. 111 e*

notifica dell'avviso informativo in questione che non avrebbe potuto ragionevolmente essere previsto che adottasse misure per impedire la commissione di tale reato.

(4) Un individuo indicato come dirigente senior di un ente commette un reato se:

(a) l'ente commette un reato ai sensi della sezione 109(3) (informazioni false), e

(b) l'individuo non ha adottato tutte le misure ragionevoli per impedire che tale reato fosse commesso.

(5) Un individuo indicato come dirigente senior di un ente commette un reato se:

(a) l'ente commette un reato ai sensi della sezione 109(4) (informazioni criptate), e

(b) l'individuo non ha adottato tutte le misure ragionevoli per impedire che tale reato fosse commesso.

(6) Un individuo indicato come dirigente senior di un ente commette un reato se:

(a) l'ente commette un reato ai sensi della sezione 109(5) (distruzione ecc. di informazioni), e

(b) l'individuo non ha adottato tutte le misure ragionevoli per impedire che tale reato fosse commesso.

(6A) Un individuo indicato come dirigente senior di un ente commette un reato se:

(a) l'ente commette un reato ai sensi della sezione 109(6A) (cancellazione ecc. di informazioni), e

(b) l'individuo non ha adottato tutte le misure ragionevoli per impedire che tale reato fosse commesso.

(7) Costituisce una difesa per un individuo accusato di un reato ai sensi del comma (4), (5) dimostrare che l'individuo non era un dirigente senior ai sensi della sezione 103 al momento in cui è avvenuto l'atto costitutivo del reato.

(8) Costituisce una difesa per un individuo accusato di un reato ai sensi della presente sezione dimostrare che l'individuo non era a conoscenza di essere stato indicato come dirigente senior in una risposta all'avviso informativo in questione.

(9) V. anche la sezione 201 (disposizioni supplementari relative alle difese)".

⁷⁹⁴ Va rilevato, in ogni caso, come il legislatore del Regno Unito, in relazione alla inesigibilità di adempimento ragionevole nei casi in cui il tempo a disposizione sia stato troppo breve, si sia preoccupato di codificare cause di esclusione del rimprovero (*defenses*) riconducibili, con lo strumentario a disposizione del penalista "interno", al difetto della c.d. *misura soggettiva della colpa*. Esse paiono infatti rispecchiare l'impossibilità dell'agente in carne ed ossa di adempiere alla regola cautelare individuata secondo il parametro dell'agente modello (o, nel contesto di riferimento, del *reasonable man*). Sul punto, per tutti, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 462 ss. e, da ultimo, ID., *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg., pen.*, 2025, *passim*.

⁷⁹⁵ Si ravvisa cioè in via diretta la responsabilità della *corporation* e, a partire da questa, vengono formulati criteri ascrittivi della sanzione (penale) per il singolo.

⁷⁹⁶ Sono tali i reati di false comunicazioni sorretti da finalità lesiva (*Sec. 179 OSA*); l'invio di comunicazioni minacciose (*Sec. 181 OSA*); l'invio di immagini lampeggianti a persone epilettiche (*Sec. 183 OSA*); l'istigazione o aiuto ad atti di grave autolesionismo (*Sec. 184 OSA*); l'invio non consensuale di fotografie o video di genitali (*Sec. 187 OSA*); *revenge porn*, anche solo minacciato (*Sec. 188 OSA*). Per un commento critico alle prime due disposizioni, L. HIGSON-BLISS, *Legislative Comment: The Online Safety Act 2023 and the sending of threatening or false communications*, in *Statute Law Review*, 16 luglio 2025.

112 OSA); di inadempimento a provvedimenti di adeguamento impartiti dall'autorità a seguito dell'accertamento di violazioni di doveri di prevenzione dei minori dalla visualizzazione di contenuti autolesionisti, suicidiari, concernenti disturbi alimentari o pornografici (*Sec. 138, par. 1, OSA*); nonché di inottemperanza a ordini di correzione impartiti dall'OFCOM a seguito dell'accertamento di violazioni di doveri ora relativi a contenuti pedopornografici, ora concernenti la prevenzione dell'uso della piattaforma per la commissione di reati lesivi della sfera sessuale dei minori: quali il loro adescamento (*grooming*), l'incitamento all'abuso sessuale su minori o l'organizzazione di tali attività (*Sec. 138, par. 3, OSA*).

La maggior gravità (della gran parte) di queste violazioni giustifica l'assegnazione di responsabilità per i *corporate officers* (anche) su base esclusivamente soggettiva, ovvero in difetto di un loro contributo *agevolatore*. Infatti, ai sensi della *Sec. 202, par. 2, OSA*, tale soggetto può andar incontro a responsabilità penale se:

- i) il reato della *societas* è stato commesso con il consenso o con la connivenza di tale soggetto, ovvero;
- ii) l'illecito è imputabile ad una sua negligenza.

Per *corporate officer*, quantomeno in relazione a società dotate di personalità giuridica, si intende, ai sensi della *Section 202, par. 3, OSA*:

- “(a) un direttore, un manager, un associato, un segretario o altro funzionario simile, oppure
- (b) una persona che agisce apparentemente in una di tali qualità”⁷⁹⁷.

⁷⁹⁷ Questa la versione integrale della *Sec. 202 OSA*:

“(1) In questa sezione, un «ente rilevante» indica un ente che è:

- (a) il fornitore di un servizio regolamentato, e
- (b) una persona giuridica secondo la legge in base alla quale è costituita.

(2) Se un reato è commesso da un ente rilevante ed è provato che il reato:

- (a) è stato commesso con il consenso o la connivenza di un *officer* dell'ente, o
- (b) è attribuibile a qualsivoglia negligenza da parte di un *officer* dell'ente,

l'*officer* (così come l'ente) commette il reato e (fatto salvo l'articolo 199(1)) è passibile di essere perseguito e punito di conseguenza.

(3) In relazione a un ente con personalità giuridica, «*officer*» indica:

- (a) un amministratore, manager, associato, segretario o altro funzionario similare, o
- (b) una persona che agisce apparentemente in una di tali qualità.

Nel comma (a) «amministratore», in relazione a una società con personalità giuridica i cui affari sono gestiti dai suoi membri, indica un membro della società.

(4) In relazione a una associazione che non è considerata una società con personalità giuridica secondo la legge in base alla quale è costituita, «*officer*» indica:

- (a) un *partner*, o
- (b) una persona che agisce apparentemente come *partner*.

(5) In questa sezione:

«società di capitali» include un ente costituito al di fuori del Regno Unito;

In estrema sintesi, una volta accertato il reato della *corporation*, la responsabilità del *corporate officer* potrà essere basata o su una sua “colpa”, tuttavia determinante ai fini della verifica dell’illecito, o sulla mera consapevolezza della condotta vietata.

Provando a riepilogare, due ci paiono gli elementi meritevoli di attenzione, anche in chiave di riforma “interna”.

i) Innanzitutto è interessante notare come tale atto normativo riconosca apertamente quale primo destinatario del rimprovero (anche penale) l’*organizzazione*. Mentre nel nostro ordinamento ci si è sempre sostanzialmente limitati ad analizzare gli eventuali profili di responsabilità penale del *provider* implicitamente parificandolo (cioè, riducendolo) ad una singola persona fisica, il legislatore anglosassone enuncia apertamente la primazia, in chiave sanzionatoria, dell’ente.

Da ciò discende, però, un’inversione nel procedimento di imputazione dell’illecito difficilmente condivisibile.

Nell’ordinamento anglosassone, in tal guisa, si passa infatti da una responsabilità ancora attestata sul criterio dell’immedesimazione organica (dell’ente nel proprio organo apicale), ad una immedesimazione organica “inversa”, dell’apicale nell’ente⁷⁹⁸. Il problema è che, così ragionando, si dimentica che la *societas* è pur sempre composta da individui, e che sono proprio questi a dar corpo e sangue al “disvalore di azione” dell’illecito dell’ente: un disvalore appuntato, nel nostro ordinamento, sulla c.d. *colpa di organizzazione*. Sono i soggetti interni all’*organizzazione* (tendenzialmente gli apicali) che sono chiamati a conferirle un assetto e una struttura idonea a ridurre al minimo il rischio di reati.

Al più, si potrà svincolare la responsabilità della *societas* – dipendente dal difetto organizzativo e, insieme, dalla realizzazione del reato – dal rimprovero della persona fisica

«reato» indica un reato previsto dalla presente legge, ad eccezione della Parte 10”.

⁷⁹⁸ Ciò risulta evidente soprattutto con riferimento ai meccanismi di imputazione contenuti nell’art. 202 OSA, per mezzo dei quali, al verificarsi del reato della *societas*, pare di fatto ‘agganciarsi’ la responsabilità del *corporate officer*. Sull’evoluzione della responsabilità dell’ente in Gran Bretagna, D. PELLOSO, *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*, in *Rivista 231*, agosto 2007, e, con particolare attenzione a modelli di colpevolezza dell’ente alternativi a quelli dell’immedesimazione organica, ID., *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa*, in *Rivista 231*, ottobre 2007. Anche F. CONSULICH, *I criteri di imputazione soggettivi*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di S. Manacorda e L. Luparia, Trattato di Diritto penale dell’economia e dell’impresa, diretto da A. Lanzi e V. Manes, in corso di pubblicazione, osserva come gli ordinamenti anglosassoni, ripresi da quello francese, abbiano optato «per una responsabilità della persona giuridica di tipo derivativo (vicariale o per identificazione) rispetto a quella della persona fisica, per cui l’azione illecita di quest’ultima implica e trascina nel rimprovero anche l’organizzazione di appartenenza. Una volta dimostrata la colpevolezza dell’individuo, non rimane che identificare la pena più adeguata al soggetto collettivo».

che ne sia l'autore, 'autonomizzandola'⁷⁹⁹. Ma mai procedere *a contrario*, enucleando criteri di imputazione dell'illecito dell'individuo a partire dalla commissione del reato dell'ente. Le preponderanti ragioni di garanzia alla base di tale divieto sono autoevidenti: la responsabilità del singolo, immesso in un apparato organizzativo, finirebbe per dipendere dai difetti della (o dalla conformazione criminogena assunta dalla) organizzazione stessa.

ii) Sotto diverso aspetto, è apprezzabile come l'OSA individui, nella sostanza, una sorta di *posizione di garanzia* in capo ai soggetti competenti a gestire il rischio che si è tradotto nel reato. La necessità di distogliere la responsabilità dai materiali autori delle violazioni per concentrarla sugli *organizzatori*, almeno dello specifico settore ove l'illecito è germogliato, risulta infatti imprescindibile per assicurare un'efficace portata preventiva dei rimedi volti ad impedire la proliferazione dell'illecito cibernetico.

Proprio su questi aspetti sarà dunque concentrata l'attenzione nei prossimi paragrafi, in uno con la necessaria conformazione colposa del reato (di auspicata introduzione) avente ad oggetto la *scorretta organizzazione strumentale alla diffusione (illecita) del contenuto lesivo*.

3. Alla ricerca del responsabile nelle organizzazioni complesse

Come noto, più è grande e complessa l'organizzazione, più si complica, anche dal punto di vista dogmatico, la ricerca del responsabile.

Torniamo alla responsabilità, *de lege lata*, del *provider* che non abbia consapevolmente rimosso i contenuti illeciti. *Nulla quaestio* qualora l'operatore economico coincidesse con una sola persona fisica. Ma cosa accadrebbe se l'attività fosse strutturata in chiave plurisoggettiva, secondo una rigida ripartizione di ruoli e competenze assai diversificate tra loro? O, ancor peggio, senza una rigida compartimentazione di mansioni e

⁷⁹⁹ Sottolinea come «alla base della disciplina della responsabilità da reato degli enti in Italia sta l'idea che la persona giuridica meriti un rimprovero autonomo, pur dipendente da un fatto illecito di un organo o dipendente, per la costruzione e il mantenimento di una struttura deficitaria rispetto al controllo del comportamento deviante delle persone fisiche operanti nella organizzazione» F. CONSULICH, *I criteri di imputazione soggettivi*, cit., in corso di pubblicazione. Sull'autonomia della responsabilità degli enti, con specifico riferimento alla disciplina nostrana (art. 8 d.lgs. 231), anche per ulteriori riferimenti, G. DE SIMONE, *sub art. 8 – profili sostanziali*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et al., Wolters Kluwer, Milano, pp. 346 ss.

responsabilità? Chi sarebbe il destinatario del rimprovero avente ad oggetto la consapevole protrazione dell'illecito?

La risoluzione del quesito, al netto dei casi di responsabilità collegiale (ovvero di quelli che necessitano di una comune o maggioritaria volontà per l'assunzione di decisioni in seno ad organi plurisoggettivi), purtuttavia di modesto rilievo nel presente settore⁸⁰⁰, non può che passare dalla positiva definizione di almeno due questioni essenziali:

i) la qualificazione come attiva della condotta del possibile destinatario del rimprovero;

ii) l'accertamento della consapevolezza effettiva del contenuto illecito.

3.1. *Il dolo dell'intraneus*

Per semplicità, prendiamo le mosse dall'accertamento del dolo: meno problematico, almeno dal punto di vista dogmatico, rispetto alla qualificazione attiva o omissiva della condotta nell'ambito delle organizzazioni complesse. E ciò quantunque il canone di imputazione soggettiva venga di norma valutato in coda alla verifica di quello oggettivo.

Il diritto penale d'impresa conosce profonde riflessioni sui criteri di accertamento del dolo degli apicali: segnatamente, di consiglieri di amministrazione (soprattutto non esecutivi) e di sindaci di società. Ricorrente è l'approfondimento della situazione nella quale questi abbiano potuto percepire "segnali di allarme" di uno specifico fatto tipico o di generiche anomalie nella gestione aziendale, ma non abbiano assunto alcun provvedimento conseguente⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ È difficile immaginare, infatti, che la decisione circa l'eventuale rimozione di un determinato contenuto (asseritamente vietato) passi attraverso una volontà "comune" o "maggioritaria", trovandosi più spesso nelle mani di un solo soggetto, sebbene appartenente ad un ufficio composto da più dipendenti.

⁸⁰¹ In argomento, tra gli altri possibili riferimenti, e senza pretesa alcuna di esaustività, si rimanda ad esempio a: A. CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, cit., pp. 1154 ss.; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo. II. L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 156 ss.; I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1191 ss.; M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali d'allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 905 ss.; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I. I principi generali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 78 ss.

Assai meno battute, almeno in Italia, sono invece le ulteriori ipotesi di *willfull blindness*: ovvero le situazioni nelle quali o il soggetto si pone volutamente nella condizione di non poter percepire indici di rischio, o li avverta, potendo tuttavia fare affidamento sulla liceità dell'operato altrui.

Chi di recente ha approfondito la questione ha suddiviso la casistica – e le relative soluzioni giuridiche – in tre classi omogenee:

i) ipotesi di c.d. *ignoranza deliberata in senso stretto*: il soggetto evita consapevolmente di ricevere segnali “di allarme” o indici sufficienti a richiedere un ulteriore approfondimento («non voler sapere affatto»)⁸⁰²;

ii) ipotesi di c.d. *ignoranza deliberata comune*: il soggetto evita intenzionalmente di approfondire segnali di allarme oggettivamente rilevanti («non voler sapere di più»)⁸⁰³;

iii) ipotesi di c.d. *ignoranza deliberata in senso lato*: il soggetto entra in contatto con una situazione più vaga, nell'ambito della quale è tendenzialmente fisiologico poter confidare sulla liceità della condotta altrui. «Nei casi di ignoranza deliberata in senso lato, il soggetto che decide di non conoscere pensa tutt'al più che esista una eventualità remota di commettere un illecito: talmente remota che l'autore può persino convincersi a scartarla, senza che una siffatta rimozione sul piano psichico possa essere equiparata a una decisione a favore dell'illecito o comunque radicalmente irrazionale»⁸⁰⁴.

Ebbene, al di là delle specifiche soluzioni (dolose o colpose) adottate per ciascuna delle categorie richiamate⁸⁰⁵, mette conto evidenziare che, come anticipato in apertura, nelle ipotesi oggetto del presente studio, la mancata consapevolezza da parte dei vertici aziendali

⁸⁰² F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in *Leg. pen.*, 27 settembre 2022, p. 10. In argomento, da ultimo, F. ROSSI, *Appunti sul tema dell'ignoranza deliberata: una “dottrina” adattabile all'ordinamento italiano?*, in *Pen. dir. proc.*, 11 novembre 2025.

⁸⁰³ F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, cit., p. 10.

⁸⁰⁴ F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, cit., p. 11.

⁸⁰⁵ Sul punto, osserva F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, cit., p. 23: «sembra dunque confermarsi la possibilità di differenziare il trattamento dell'ignoranza deliberata in senso stretto da quello dell'ignoranza deliberata comune. Solo nella seconda potrà scorgersi una *rimozione intenzionale di un dubbio* capace di soddisfare i requisiti del dolo eventuale. Questo, al contrario, non può coprire altresì la prima forma di ignoranza deliberata, nella quale non sembra concorrere nemmeno la soglia minima di rappresentazione necessaria a fondare l'addebito della classe meno intensa di dolo». Con riguardo, infine, alle ipotesi di *ignoranza deliberata in senso lato*, osserva l'A. come sia possibile ravvisare gli estremi della colpa qualora: «(i) la presenza di un rischio comparativamente meno grave rispetto a quello che indizia la concorrenza del dolo eventuale, che a seconda dei casi può essere percepito soltanto parzialmente o non essere percepito affatto dal soggetto; (ii) l'influenza di situazioni di affidamento; (iii) l'assenza di volontà, cioè la mancata accettazione dell'offesa tipica» (p. 34).

dell'illecito commesso da terzi-utenti (o dei relativi segnali di allarme) risponde alla fisiologica organizzazione delle attività di impresa del settore cibernetico.

D'altro canto, è proprio il requisito della “pronta” o “immediata” rimozione del contenuto lesivo, presente rispettivamente negli artt. 5 e 6 DSA, a rendere irragionevole una condivisa e ponderata decisione (anche con soggetti di comando) in merito alla censurabilità dell'informazione asseritamente illecita.

Ma vi è di più. Una corretta organizzazione implica una precisa ripartizione delle funzioni in appositi uffici, specificamente segmentati alla luce delle diversificate competenze necessarie per potervi adempiere. Certo, dovranno essere previsti meccanismi di controllo, anche incrociato o a campione, sul corretto svolgimento dell'attività di moderazione di contenuti, tendenzialmente da parte di soggetti più vicini ai “moderatori” e afferenti allo specifico dipartimento a ciò deputato, ma sarebbe irragionevole richiedere una verifica momento per momento di tale esame, a maggior ragione da parte di soggetti apicali.

Quanto osservato implica inevitabilmente che i soggetti collocati ai piani più alti dell'organigramma aziendale rimangano estranei – salvo rarissime eccezioni⁸⁰⁶ – a qualsivoglia decisione, anche solo potenziale, in merito alla censura di contenuti (asseritamente) lesivi. Logica la conseguenza: essi rimarranno fisiologicamente privi di qualunque conoscenza in merito al caricamento da parte di terzi di informazioni lesive sul proprio server (o piattaforma) e, conseguentemente, della responsabilità per la mancata rimozione delle stesse⁸⁰⁷.

Nell'ottica di una migliore tutela delle vittime dei reati *online*, al *management* potrebbe essere esclusivamente richiesto:

i) di elaborare, in collaborazione con tecnici esperti, linee guida e protocolli per la moderazione, periodicamente aggiornati in base alla tipologia di informazioni più comunemente diffuse sui propri portali;

⁸⁰⁶ Si pensi, ad es., al caricamento di un contenuto illecito da parte di un personaggio pubblico (in ipotesi, un capo di Stato) su una piattaforma utilizzata da milioni di utenti. Non è inimmaginabile che, in un caso come questo, vengano coinvolti anche i vertici societari sulla valutazione della sua rimovibilità. E ciò non solo per la delicatezza della questione, ma anche per le evidenti ricadute in termini di pubblicità (e quindi di introiti) che deriverebbero dall'assunzione dell'una o dell'altra soluzione. Si pensi, nel 2021, al blocco temporaneo degli account Twitter e Facebook di Donald Trump.

⁸⁰⁷ Si rammenta infatti che di norma i reati relativi ai contenuti sono puniti a titolo di dolo.

ii) di predisporre una struttura che consenta un corretto coordinamento tra le varie funzioni chiamate a svolgere tale controllo, alle quali dovranno essere fornite risorse adeguate (sia in termini soggettivi, sia economici) e periodica formazione.

A ben vedere, la soluzione non potrebbe mutare nemmeno nei casi in cui tali soggetti predisponessero una struttura in grado, per un verso, di fomentare la proliferazione di reati realizzata attraverso i propri servizi, impartendo specifiche direttive in tal senso⁸⁰⁸, e, per altro verso, di mantenere la propria inconsapevolezza in merito a siffatte ipotesi criminose.

Per quanto tali comportamenti vadano ricondotti al paradigma “attivo” di responsabilità, determinando la mancata rimozione dei contenuti lesivi da parte dei propri dipendenti, tali azioni verranno pur sempre commesse “al buio”, ovvero in un momento eccessivamente remoto rispetto all’affiorare di qualsivoglia segnale teso ad evidenziare la possibile realizzabilità da parte di terzi di specifici fatti tipici.

Non crediamo allora di poter condividere l’opinione di chi sostiene che per risolvere «questi casi affatto peculiari di ignoranza deliberata *in senso stretto*, [sia] opportuno mutuare come modello di responsabilità quello che una parte della dottrina italiana ha elaborato per risolvere l’insieme di situazioni nelle quali il vertice d’impresa *tollera – con comportamenti reiterati (o continuativi), non meramente passivi (alternati a comportamenti attivi) ed espressivi di una politica aziendale deviante* – la commissione di reati da parte di altri soggetti. In queste situazioni, il vertice può celare dietro comportamenti prevalentemente inerziali l’approvazione tacita della realizzazione di reati per fatti concludenti, da interpretarsi alla luce dello specifico contesto globale dell’impresa (anche anteriore e posteriore al perfezionarsi del reato)»⁸⁰⁹.

Nello specifico, si osserva che «nel fascio delle vicende penalmente rilevanti di tolleranza eloquente da parte del vertice, l’ignoranza deliberata in senso stretto costituisce una sorta di sottoinsieme, composto da quelle situazioni “in cui l’agente si pone in condizione di non poter adempiere ad un obbligo a contenuto positivo” nell’esercizio di funzioni apicali in un’impresa. Il modello di responsabilità qui richiamato offre una traiettoria diversa da quella (per vero, maggioritaria) del concorso omissivo improprio, nel cui ambito si punisce l’inottemperanza a doveri di attivazione o di impedimento. In particolare, tale modello consentirebbe di concentrare il rimprovero penale sull’agire atipico precedente alla commissione del reato che abbia creato o aumentato un rischio per il bene giuridico, nonché sulla “direzione univocamente incoraggiante al reato”

⁸⁰⁸ Si pensi ad un *provider* che divenga noto (e frequentato) in quanto sostanzialmente “libero” da censure di sorta.

⁸⁰⁹ F. ROSSI, *Un’introduzione al problema dell’“ignoranza deliberata” nella teoria dell’elemento soggettivo del reato*, cit., p. 25 s., riprendendo N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d’impresa tra “inerzia” e “induzione al reato”*. *La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 89 ss.

della condotta complessiva (precedente, concomitante e successiva al fatto tipico) dell'ignorante deliberato»⁸¹⁰.

Ebbene, se non si possono che accogliere favorevolmente gli intenti politico-criminali di siffatta prospettazione, così come la qualificazione attiva delle condotte degli apicali (in effetti, essi non fanno altro che organizzare un'attività in modo pericoloso, in tal guisa introducendo il fattore etiologico che trova successivamente materializzazione nel reato); vanno tuttavia respinti i tentativi di alleggerire la prova del dolo (dei singoli fatti di reato), sino a presumerla, ricavandola dalla generica rischiosità del proprio iniziale contributo.

Qualora poi quanto osservato non venga ritenuto sufficiente per sostenere la posizione assunta, basti ricordare che gli artt. 5 e 6 DSA richiedono, ai fini della responsabilità del fornitore del servizio (rispettivamente di media e lunga durata di dati), la *conoscenza effettiva* ora “del fatto che le informazioni all'origine della trasmissione sono state rimosse dalla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ha ordinato la disabilitazione dell'accesso a tali informazioni o ne ha disposto la rimozione” (art. 5 DSA), ora “delle attività o dei contenuti illegali” (art. 6 DSA).

Va quindi affermato il seguente principio (non di diritto, bensì di fatto): al crescere della complessità organizzativa corrisponde la tendenziale deresponsabilizzazione dei vertici aziendali. Una diversa soluzione, comunque in contrasto con il dettato normativo, implicherebbe l'implicita ammissione di un *dolus in re ipsa*, insostenibile nel nostro ordinamento.

Come si vedrà, è questa la ragione che giustifica l'adozione del paradigma colposo, che permetterebbe – parimenti a quanto accade, ad es., nei settori relativi alla tutela della pubblica incolumità, del lavoro e dell'ambiente – di responsabilizzare i soggetti che hanno inizialmente azionato il rischio poi tradottosi in offesa.

3.2. *Il cortocircuito ermeneutico derivante dalla qualificazione omissiva della condotta di (errata) moderazione*

⁸¹⁰ F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'“ignoranza deliberata” nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, cit., p. 26.

Esclusa la responsabilità degli organi di vertice per l'ulteriore diffusione dei contenuti illeciti, in quanto normalmente sprovvisti dell'elemento soggettivo necessario a sostenere la responsabilità a titolo di dolo, occorre concentrare l'attenzione sulla possibilità di appuntare il rimprovero sui soggetti più vicini alla fonte di rischio: ovvero sui dipendenti appartenenti agli uffici che materialmente si trovano a svolgere l'attività di moderazione, anche grazie al supporto di strumenti automatizzati.

In questi termini, appurata l'impossibilità di considerare il *provider* – e, conseguentemente, tali soggetti – destinatari di una posizione di garanzia, diviene (nuovamente) dirimente comprendere se la mancata censura di un contenuto illecito, da cui dipende l'ulteriore diffusione, debba essere ricondotta alla nozione di azione o di omissione.

La questione, come si avrà modo di osservare, si rivela anche dogmaticamente di interesse, in quanto dimostra come, a causa del frazionamento delle singole mansioni e responsabilità all'interno dell'organizzazione, possano essere posti in discussione gli approdi raggiunti sul piano della qualificazione attiva o omissiva della condotta dell'ente (o meglio, della persona fisica al quale questo viene assimilato).

In precedenza, abbiamo evidenziato come, a nostro avviso, debba essere accolta una definizione *normativo-causale* di *azione in senso stretto*. Sarebbe azione quella *modificazione della realtà, dipendente dall'introduzione di un fattore etiologico, alla base del reato di cui si è chiamati a valutare la realizzazione*⁸¹¹.

Ora, a ben guardare, la semplice attività di moderazione – nella sostanza riconducibile al controllo circa la censurabilità di un contenuto segnalato come illecito – non comporta alcuna introduzione di fattori etiologici materializzatisi nell'offesa, bensì, al più, la loro mancata rimozione. È la fornitura del servizio, tipicamente riconducibile al *management* societario, che determina la modificazione della realtà in una direzione idonea a consentire la proliferazione delle informazioni lesive. La diffusione dell'illecito conseguente al relativo caricamento da parte di terzi avviene infatti in forza della continua erogazione del servizio di memorizzazione (sulla propria piattaforma o sul proprio server), con contestuale conservazione dell'accessibilità allo stesso.

⁸¹¹ Cfr. *supra*, Cap. III, §§ 5.4 ss. Mentre, come visto, la nozione (pure e a maggior ragione) normativa di omissione corrisponde alla mancata modificazione della realtà, nel senso naturalmente richiesto dalla norma incriminatrice (v. sempre Cap. III, §§ 5.4 ss.).

In questo scenario, l'attività di coloro che sono chiamati a moderare i contenuti – e quella dei soggetti deputati a vigilare sulla stessa, interni al relativo dipartimento – si atteggia a elemento (potenzialmente) idoneo ad interrompere la catena causale che porta all'approfondimento dell'offesa, non vi incide positivamente. Ne discende la necessaria riconducibilità delle condotte di tali soggetti (beninteso, gli unici che potrebbero essere dotati del coefficiente soggettivo necessario alla formulazione del rimprovero) al paradigma omissivo di responsabilità, nell'ambito del quale, tuttavia, assume un peso decisivo il difetto di obbligo giuridico, ai sensi dell'art. 40 cpv., di cessazione della fase di consumazione e di impedimento di nuovi illeciti, consistenti nella ri-condivisione del contenuto da parte di terzi.

All'aumentare della complessità (anche dimensionale) dell'organizzazione dovrebbe dunque corrispondere, in definitiva, l'irresponsabilità delle persone fisiche per la mancata consapevole rimozione delle informazioni lesive. E ciò vuoi poiché difettano i requisiti idonei ad integrare il dolo (per i soggetti apicali); vuoi per l'insussistenza di una posizione di garanzia volta ad impedire la protrazione dei reati realizzati da terzi (per i soggetti chiamati ad effettuare l'attività di controllo ed eventuale censura dei contenuti segnalati).

L'assunto mostra una evidente disparità di trattamento, rilevante anche ai sensi dell'art. 3 Cost., tra i *providers* dotati di importanti risorse economiche e di una rilevante suddivisione di ruoli e competenze, e fornitori a 'conformazione' semplice, anche se non unipersonale. In questi secondi casi, infatti, non è escluso che l'organo di vertice sia chiamato anche ad adottare decisioni – magari quelle maggiormente rilevanti – afferenti alla censurabilità dei contenuti e, in tal guisa, ad assumersene la paternità.

Breve: al netto di ipotesi sporadiche, ove l'organo apicale viene reso edotto della presenza di un contenuto illecito sul proprio portale o server, il serio rischio di subire un rimprovero per la mancata consapevole rimozione di contenuti caricati da terzi è corso, *de iure condito*, dai soli soggetti dotati di organizzazioni semplici e di modeste potenzialità economiche: peraltro, la stragrande maggioranza (in generale, perciò presumibilmente anche nello specifico settore di interesse) nel nostro paese⁸¹².

⁸¹² Basti pensare che, secondo i dati ISTAT, nel 2023, le aziende che contavano tra i 3 e i 9 dipendenti rappresentavano il 78,9% del totale delle imprese italiane.

Se, dunque, appare opportuno un intervento normativo teso a ristabilire la parità di trattamento tra soggetti chiamati a svolgere una identica attività, variamente modulata in base alle capacità finanziarie e organizzative dell'operatore, ciò che più urge è l'elaborazione di una fattispecie colposa tesa a sanzionare la scorretta organizzazione che abbia consentito la proliferazione dell'illecito caricato da terzi. Solo per tale via si potrebbe porre rimedio al cortocircuito determinato ora dall'impossibilità di provare l'elemento soggettivo degli apicali, ora dalla qualificazione come omissiva della condotta di scorretta moderazione dei contenuti e dall'assenza di una posizione di garanzia dei moderatori.

3.3. La nozione di garante inteso come “gestore del rischio”. Un parallelismo con il diritto penale del lavoro

Come osservato, il rispetto dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale dovrebbero condurre, nelle ipotesi connotate da una particolare complessità organizzativa, all'esclusione del rimprovero per i componenti degli uffici deputati alla moderazione dei contenuti. La ragione risiede nella qualificazione omissiva della condotta di mancato oscuramento dell'informazione illecita e, insieme, dall'assenza di una posizione di garanzia volta ad impedire la proliferazione dell'illecito realizzato da terzi.

A tale visione, se ne affianca però una ulteriore, sempre più invalsa in giurisprudenza, volta a sviscerare il discrimine tra azione e omissione e a preferire, per l'individuazione del soggetto responsabile nei contesti plurisoggettivi, una definizione di garante inteso quale “gestore del rischio”⁸¹³.

La questione è stata specificamente approfondita nel settore del diritto penale del lavoro: autentico laboratorio di sperimentazione delle soluzioni tese a definire il riparto delle responsabilità nelle organizzazioni complesse.

⁸¹³ Ormai venticinque anni fa, A. GARGANI, *Ubi culpa*, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 583 s., riprendendo T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 535, rilevava come «l'art. 40/2 c.p. assum[a] i contorni di una vera e propria fattispecie “a formazione giurisprudenziale”, che rimette di fatto all'organo giudicante il compito di delimitare i confini della tipicità dell'omissione impropria».

È certo, infatti, che all'interno di tale perimetro di ricerca, vero e proprio “regno della colpa”⁸¹⁴, sia sovente dato ravvisare una confusione tra regola cautelare e norma fondativa dell'obbligo di impedimento dell'evento-reato. La responsabilità viene frequentemente basata sulla violazione di regole cautelari, che, al tempo stesso, assurgono a rango tipizzante della posizione di garanzia.

Anche il profilo del “*potere impeditivo*” viene assai spesso privato di reale significato dalla giurisprudenza⁸¹⁵; e ciò in forza di elaborazioni concettuali – si pensi, ad es., al potere di impedimento “mediato” – che altro non sono se non modalità di trasfigurazione delle funzioni intermedie di segnalazione o attivazione in veri e propri *poteri di intervento*⁸¹⁶.

Particolarmente calzante risulta, ai fini esplicativi, il dibattito circa la responsabilizzazione per eventi lesivi del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP): figura qualificata, assegnataria di doveri di valutazione dei rischi e di collaborazione con il datore di lavoro nella predisposizione di misure volte a contenerli.

Tale soggetto – pur sprovvisto sia di una posizione di garanzia, difettando il suo richiamo tra i garanti normativamente previsti, sia di reati propri – riveste una posizione centrale nell'organizzazione della sicurezza. Segnatamente, in forza delle proprie competenze specifiche, aumenta il *know how* del datore di lavoro in ordine all'individuazione e alla gestione dei rischi connessi all'attività lavorativa. Di qui l'annosa questione circa la possibilità di assegnare rilevanza penale alle inadempienze del RSPP – magari l'unico che, nello specifico contesto aziendale, avrebbe potuto accorgersi della situazione di rischio – alle quali faccia seguito la verifica di eventi infortunistici⁸¹⁷.

L'esigenza politico-criminale di non lasciar impunte condotte senza dubbio tutt'altro che prive di disvalore, ma, al contempo, tenute da un soggetto sprovvisto, da un lato, di una *posizione di garanzia* e, dall'altro lato, di veri e propri *poteri impeditivi*, ha

⁸¹⁴ Per tutti, D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in Castronuovo, Curi, Tordini Cagli, Torre, Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 310 ss.

⁸¹⁵ Riteneva necessario il convogliamento sia di obblighi sia di poteri impeditivi in capo al garante, già A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., p. 587, anche rifacendosi a I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 70 ss.

⁸¹⁶ Sui predetti ed altri profili di estensione ‘sconsiderata’ del criterio di competenza, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 252 ss.

⁸¹⁷ Escludono tale possibilità, salva l'ipotesi di cooperazione colposa mediante un contributo attivo del RSPP, S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 114 ss. e F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, pp. 107 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

portato la giurisprudenza ad elaborare soluzioni interpretative che difettano dei requisiti necessari ad assicurare il rispetto dei principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio.

In particolare, a partire dalla sentenza Lovison⁸¹⁸, si è sviluppata nel diritto vivente la convinzione che la nozione di “*garante*”, nell’ambito delle organizzazioni complesse, non debba essere intesa in senso “tradizionale” – come soggetto su cui, nei reati omissivi impropri, grava una posizione di garanzia –, ben potendo essere ricondotta al soggetto chiamato, in varia guisa, a “*gestire un rischio*”, al di là della forma omissiva o commissiva della condotta considerata. Il “*garante*” inteso come “*gestore del rischio*”, in sintesi.

Il percorso ermeneutico – che ha incontrato l’autorevole avallo delle Sezioni Unite nel caso ThyssenKrupp – radica le proprie radici in costruzioni dogmatiche (relative alle teoriche dell’imputazione oggettiva dell’evento e della competenza per il rischio) di segno diametralmente opposto (selettivo e non estensivo) rispetto a quello a cui questo, mediante successive *flessibilizzazioni*, perviene: l’*ampliamento del novero dei garanti*.

Sul presupposto – da noi avversato – della *fungibilità tra azione e omissione* nell’esercizio di attività in forma organizzata⁸¹⁹, il criterio della “*competenza per il rischio*”, proposto in dottrina e, almeno apparentemente, in giurisprudenza, per garantire, in senso restrittivo, una *corretta individuazione dei soggetti responsabili*⁸²⁰, viene valorizzato, in

⁸¹⁸ Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821.

⁸¹⁹ L’assimilazione viene esclusa, tra gli altri, da D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023, p. 150, il quale osserva come «il contributo omissivo del concorrente si può configurare solo a carico di un garante. Infatti, al di fuori dell’operatività dell’art. 40, comma 2, una omissione “atipica” – vale a dire non prevista espressamente come reato – da parte del soggetto non qualificato non può rientrare nell’orbita degli artt. 110 e 113 c.p. rispetto ad un reato di evento a forma libera». Nel settore della responsabilità medica, si mostra critico rispetto agli orientamenti giurisprudenziali confondenti il momento omissivo della colpa e l’omissione “in senso stretto”, proponendo di valutare, ai fini distintivi, ora l’influenza condizionalistica della condotta (nelle ipotesi commissive), ora la coincidenza tra l’evento *hic et nunc* verificatosi e quello che si sarebbe dovuto impedire (nelle ipotesi omissive), A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 481 s.

⁸²⁰ Sul criterio di competenza, la cui originaria enucleazione si deve a G. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, *passim*, nella dottrina italiana, seppur talvolta con una diversa impostazione di fondo, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 195 ss. Sul tema, si vedano anche, senza pretesa di esaustività, L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, pp. 247 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, in *Discrimen*, 3 settembre 2018; S. DOVERE, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo*, in *Enc. dir., I Tematici*, II, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 597 ss.; M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, pp. 25 ss.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023, pp. 206 ss.; D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 320 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 244 ss.

chiave estensiva, per giustificare *posizioni di garanzia* in difetto di una norma che specificamente le preveda⁸²¹.

«Ciò che importa – osservano le Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp – è che i componenti del SPP siano destinatari di obblighi giuridici; e non può esservi dubbio che, con l’assunzione dell’incarico, essi assumano l’obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni che si sono viste. D’altra parte, il ruolo svolto da costoro è parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell’evento illecito. Si pensi al caso del SPP che manchi di informare il datore di lavoro di un rischio la cui conoscenza derivi da competenze specialistiche. In situazioni del genere pare ragionevole pensare di attribuire, in presenza di tutti i presupposti di legge ed in particolare di una condotta colposa, la responsabilità dell’evento ai soggetti di cui parliamo. Una diversa soluzione rischierebbe di far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica»⁸²².

Il *momento omissivo della colpa* viene a sovrapporsi all’*omissione come carattere dell’agire penalmente rilevante*, con «elisione reciproca tra *tipicità* e *colpevolezza*»⁸²³; un asserito rilievo del contributo causale giustifica, in combinato disposto con una nozione ‘rivisitata’ di garante e con specifiche violazioni cautelari, una vera e propria *posizione di garanzia*; il *potere impeditivo* si confà ad un più agevole criterio di *attivazione, aumento o*

Infine, relativamente al settore degli appalti, J. DELLA VALENTINA, Pulvis et umbra. *Il dissolvimento delle posizioni di garanzia nel diritto penale degli appalti, tra vecchie incertezze e auspici futuri*, in Aa.Vv., *Atti del convegno “La responsabilità come forma di imputazione: dolo, colpa, preterintenzione, rischio”*, Salerno, 3-4 ottobre 2025, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione, e V. VALENTINI, *Domatori del rischio extra-aziendale e diritto penale degli appalti. Le virtù selettive della imputazione (di eventi) per competenza (del risk management)*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2025, *passim*, il quale, nel predetto ambito, risulta favorevole alla sostituzione della nozione di “garante” con quella, di matrice giurisprudenziale, di “gestore del rischio”. Seppur non contrario alla valorizzazione del citato criterio, A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d’antico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1548, approfondendo il concorso di cause indipendenti, rifiuta l’idea che l’art. 41 c.p. possa fornire un fondamento normativo al criterio di competenza, temendo l’approdo, per questa via, ad una sostituzione della «causalità naturalistica con un criterio di imputazione di carattere interamente valutativo», che segnerebbe un «regresso in termini di legalità e [di] attuazione del principio di personalità».

⁸²¹ Sulla descritta evoluzione del diritto vivente in merito alla responsabilizzazione penale del RSPP per delitti di evento dannoso alle persone, anche mediante la progressiva assegnazione allo stesso della qualifica di garante, in termini critici, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022, pp. 117 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., sez. IV, 8 marzo 2022, n. 33547; Cass. pen., sez. IV, 22 aprile 2021, n. 33980.

⁸²² Cass. pen., SSUU, 24 aprile 2014, n. 38343 e, precedentemente, in termini identici, Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821.

⁸²³ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 253.

mancata riduzione del rischio. Un obbligo di mezzi diviene, per questa via, un obbligo di risultato.

D'altro canto, come già messo in evidenza a suo tempo⁸²⁴, tale visione prende le mosse dall'erroneo presupposto per cui quella dell'organo di vertice (tipicamente datoriale) dovrebbe ricondursi sempre e comunque ad una responsabilità per omissione (poiché "garante" ai sensi del 40 cpv). Valorizzando invece la sua condotta in termini attivi, nei casi in cui questi abbia introdotto il fattore di rischio tradottosi nell'evento, potrebbero essere positivamente risolte le incertezze (anche dogmatiche) descritte. Si avrebbe infatti un accertamento della competenza per il rischio in senso garantistico, teso ad assegnare responsabilità per fatti autenticamente propri, a cui dovrebbe seguire quello di causalità e di colpa ai sensi dell'art. 113 c.p.

La natura commissiva della condotta negligente del RSPP, che non abbia segnalato al datore un rischio che quest'ultimo non avrebbe potuto individuare o percepire in autonomia, potrebbe invece essere giustificata mediante il ricorso, per analogia, all'ipotesi dell'impedimento dell'azione di salvataggio del garante, tradizionalmente inquadrata nel paradigma attivo. Benché l'assunto necessiti di ulteriore riflessione, la situazione non ci pare molto diversa da quella in cui un terzo inibisca fisicamente al garante di agire (si pensi al caso di un bagnante trattenga un bagnino, così impedendo il salvataggio di un soggetto che sta annegando)⁸²⁵. La ricostruzione della responsabilità datoriale come attiva, lungi dal poter indurre ad opposte conclusioni, varrebbe inoltre a confermare la validità dell'assunto.

3.3.1 Le ricadute sul piano della responsabilità dei soggetti deputati all'attività di moderazione

Ebbene, non può escludersi che la giurisprudenza, sulla base di quanto osservato, adatti le citate (e criticate) soluzioni ermeneutiche anche ai casi di scorretta moderazione dei contenuti.

⁸²⁴ Cfr. *supra*, Cap. 3, § 5.4.2.

⁸²⁵ Cfr. Cap. III, § 6.2.

D'altro canto, una tale impostazione permetterebbe di ridurre i margini di disuguaglianza altrimenti individuabili tra soggetti chiamati a svolgere la medesima attività, ma all'interno di organizzazioni di diverso respiro.

In effetti, i soggetti appartenenti ai predetti dipartimenti si trovano incontrovertibilmente a dover “gestire un rischio”: nello specifico, quello di proliferazione del reato commesso da terzi. Inoltre, riprendendo i medesimi termini con i quali si sono espresse le Sezioni Unite in relazione alla responsabilizzazione del RSPP nel caso Thyssenkrupp, «non può esservi dubbio che, con l'assunzione dell'incarico, essi assumano l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni che si sono viste. [...]. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito»⁸²⁶.

Ma non è tutto. Tali soggetti si collocano naturalmente in prossimità della fonte di rischio, e sono gli unici a poterlo (*rectius* a doverlo) avvertire e gestire.

Essi vengono poi specificamente formati – anche giuridicamente – per adempiere correttamente alle proprie funzioni. È dunque naturale che siano proprio questi i primi a poter *comprendere*, almeno dal punto di vista tecnico-giuridico, la necessaria rimovibilità di contenuti segnalati come illeciti.

Da ultimo, si aggiunga che una struttura ben organizzata dovrebbe prevedere l'assunzione di risorse con specifiche competenze giuridiche; e ciò anche all'evidente fine di poter sciogliere i dubbi in merito alla censurabilità di informazioni di difficile inquadramento.

Insomma, il pericolo, più che concreto, almeno a modesto parere di chi scrive, è che i postulati dichiarati nel settore del diritto penale del lavoro ed utilizzati per sanzionare condotte omissive di soggetti sprovvisti di una posizione di garanzia, nonché privi di veri e propri poteri impeditivi, vengano riadattati alle ipotesi di scorretta moderazione dei contenuti, con conseguente pregiudizio per i principi costituzionali di legalità e di personalità della responsabilità penale.

⁸²⁶ Cass. pen., SSUU, 24 aprile 2014, n. 38343 e, precedentemente, in termini identici, Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821. D'altro canto, non va dimenticato che il principale elemento di differenziazione tra i moderatori di contenuti e i RSPP è la sussistenza del *potere impeditivo*. Mentre i primi hanno la possibilità di rimuovere il contenuto illecito; i secondi sono sprovvisti di *poteri di impedimento diretti* ad impedire l'evento.

3.4. Il criterio di competenza per il rischio

Onde evitare simili storture, è opportuno far qualche cenno al criterio utilizzato dalla giurisprudenza penal-lavoristica per ricomprendere nel novero di garanti (ai sensi dell'art. 40 cpv.) soggetti sprovvisti di doveri (e, talvolta, anche di poteri) impeditivi.

Autentico corollario del principio di responsabilità per fatto proprio, il *criterio di competenza* risulta volto a selezionare, ancor prima dell'accertamento causale, i soggetti competenti a gestire il rischio specifico che si è concretizzato nel risultato lesivo. In altri termini, tra condotta ed evento deve sussistere un *nesso di rischio* che non sostituisce il vaglio etiologico, bensì si aggiunge ad esso. L'offesa, per essere imputata oggettivamente ad un soggetto, deve corrispondere alla realizzazione del rischio da questi illecitamente attivato o aggravato⁸²⁷.

È evidente la portata garantista del criterio in esame. Esso è volto ad allocare responsabilità autenticamente proprie (ai sensi del significato minimo dell'art. 27, comma 1, Cost.), attribuendole ai soli soggetti sui cui grava il potere e dovere di gestire il rischio specifico che si è concretizzato nell'evento. Solamente in questo senso, potrebbe dirsi “garante” colui che “*gestisce un rischio*”.

Siffatta impostazione, pur applicando indistintamente i propri risultati alle ipotesi di responsabilità sia commissiva sia omissiva, non mette in dubbio la necessità di individuare (anche) una posizione di garanzia intesa in senso proprio in queste seconde ipotesi, né implica il superamento del successivo giudizio causale e di colpa (o di dolo). Essa *precede tutti questi momenti*⁸²⁸.

Confondendo *tipicità oggettiva e colpa*, per un verso, e la *selezione dei soggetti garanti* con quelli che, in varia guisa, sono chiamati a prender parte all'*impedimento plurisoggettivo dell'offesa* (tra i quali rientrano anche i destinatari di meri obblighi di attivarsi)⁸²⁹, per altro verso, il diritto vivente elabora dunque una nozione di garante del tutto avulsa da ogni appiglio normativo, così assegnando responsabilità penali che bypassano l'assoluta vigenza dei principi di legalità e di personalità.

⁸²⁷ Cfr. nt. 53.

⁸²⁸ Cfr., per tutti, M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, cit., pp. 26 ss.

⁸²⁹ In argomento, tra gli altri, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., *passim*.

Evidente allora come, a modesto avviso di chi scrive, un corretto utilizzo di tale criterio non possa consentire di superare, anche nel presente settore di ricerca, le differenti conseguenze che derivano da un corretto inquadramento (attivo o omissivo) delle condotte dei moderatori (o, più in generale, dei soggetti appartenenti al relativo dipartimento).

4. *L'opportuna introduzione di una fattispecie colposa*

Quanto osservato rende imprescindibile l'introduzione di una fattispecie colposa, destinata a sanzionare la scorretta organizzazione dell'attività – qualunque sia la relativa dimensione o capacità economica dell'operatore economico – rivelatasi strumentale per la proliferazione dell'illecito. Una fattispecie collocabile anche nella parte generale del codice (o in una legge organica in materia) e riferita specificamente alle *content-related offences*.

L'innegabile disvalore della scorretta predisposizione di presidi idonei ad intercettare e rimuovere prontamente i contenuti illeciti, così come le ricadute negative per le persone offese derivanti dalla proliferazione degli stessi, giustificano infatti l'intervento penale, anche *delittuoso*.

Naturalmente, per non porsi in contrasto con i dettami del DSA, un illecito così costruito dovrebbe, per un verso, mirare a sanzionare non tanto la mancata prevenzione del caricamento dell'informazione illecita sul server (o, più in generale, sul portale), quanto, piuttosto, un difetto di pronta rimozione dello stesso, una volta segnalato: ad essere pregiudicata sarebbe, altrimenti, la vigenza dell'art. 8 DSA⁸³⁰. Per altro verso, esso non dovrebbe essere costruito quale reato di mera condotta, bensì di evento, potendo altrimenti sovrapporsi alle afflittive sanzioni previste dal predetto regolamento europeo per difetto degli obblighi di *compliance*: circostanza che potrebbe manifestare l'attrito di un tale illecito con il principio di *ne bis in idem*. L'evento, naturalmente, consisterebbe nella (nuova) diffusione data all'illecito a seguito della mancata rimozione del contenuto⁸³¹.

⁸³⁰ Tale disposizione, lo si rammenta, prevede infatti che “ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali”.

⁸³¹ Tale impostazione avrebbe il pregio di richiedere l'accertamento del *nesso di rischio*, ovvero della corrispondenza tra il rischio illecito attivato o aggravato, non solo rispetto alla condotta dell'utente, ma anche in relazione a quella del *provider*. Ben potrebbe accadere, infatti, che, la mancata rimozione del contenuto risulti causalmente collegata ad una diffusione improvvisa e incompatibile con quella prevedibile *ex ante* (da parte del fornitore).

La difficoltà *fattuale* nella gestione di un gran numero di segnalazioni e, soprattutto, quella *giuridica*, afferente alla possibilità di qualificare un contenuto come illecito, depongono inoltre per l'esclusione delle ipotesi di colpa lieve⁸³², così come per la previsione di un tempo limite (es. di 24h dalla ricezione della segnalazione) per la rimozione del contenuto vietato, tuttavia derogabile sulla base delle difficoltà anzidette, da codificare esclusivamente in via esemplificativa⁸³³.

In quest'ottica, non vi sarebbe motivo di limitare l'applicazione dell'illecito alla violazione di regole cautelari codificate, ben potendo operare, in via cumulativa (o sostitutiva, in caso di prevedibile fallimento delle stesse), la colpa generica.

Inoltre, la previsione della sola ipotesi colposa (priva dunque del corrispondente doloso) sarebbe giustificata dalla possibilità per il soggetto apicale di rispondere in via concorsuale con l'utente quando fosse stato reso edotto della commissione dell'illecito e, ciò nonostante, avesse ordinato di mantenere il contenuto sulla piattaforma (o sul server).

D'altronde, secondo quanto sino ad ora osservato, i moderatori non potrebbero rispondere in concorso con l'apicale, salvo i casi in cui abbiano contribuito (attivamente) a determinarlo nella scorretta predisposizione di un assetto organizzativo, rivelatosi poi fatale per l'ulteriore divulgazione dell'illecito, o non abbiano a questi segnalato carenze ignote (il parallelismo è con le ipotesi di impedimento dell'azione di salvataggio). Nella generalità dei casi, infatti, i moderatori non hanno introdotto alcun fattore etiologico rilevante per la verifica dell'evento finale e, al tempo stesso, risultano privi di una posizione di garanzia. Rimarranno comunque esposti a sanzioni giuslavoristiche ed, eventualmente, civili: talvolta, ai loro occhi, ancor più afflittive di quelle penali.

Un delitto colposo, dunque, teso a rimproverare l'apicale per una carente (o assente) organizzazione, determinante per l'ulteriore diffusione del contenuto illecito caricato da terzi.

Quanto alla concreta strutturazione del delitto, il soggetto attivo potrebbe essere individuato, sulla scorta degli insegnamenti dottrinali e, parzialmente, giurisprudenziali in

⁸³² Per un recente contributo monografico, P.F. POLI, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2021.

⁸³³ Ciò, naturalmente, per evitare la predisposizione di un catalogo "chiuso", ma incompleto, di circostanze incidenti sulla *possibilità* di adempiere all'obbligo di rimozione entro il termine definito. D'altra parte, è interessante notare come, in questo caso, circostanze normalmente inquadrabili sul piano della c.d. "colpevolezza colposa", volte ad escludere la responsabilità del soggetto che non avesse la *possibilità concreta* di adempiere al dovere cautelare, verrebbero ad operare già in fase di *tipicità*, ammettendo un allungamento del tempo necessario a rimuovere l'informazione vietata.

tema di “competenza per il rischio”, in quello che possiede il potere di *organizzare* l’attività di fornitura del servizio e quindi, in principio, anche quella di moderazione: onere tendenzialmente gravante su tutti i componenti del CdA, salva delega, ai sensi dell’art. 2381, comma 2, c.c., in favore di uno (o più) di questi (ovvero, naturalmente, sull’imprenditore individuale).

Tali accortezze permetterebbero di diminuire la diffusione di contenuti illeciti, e, al contempo, garantirebbero il rispetto dei principi di responsabilità penale per fatto proprio e colpevole.

5. La vexata quaestio dell’accertamento causale nel concorso di persone. Ancora un confronto con il settore penal-lavoristico

La proposta di inserimento di un reato colposo di evento implica il necessario approfondimento della relazione di causa-effetto che potrebbe porsi tra la violazione della regola cautelare da parte dell’organizzatore e la mancata rimozione del contenuto da parte dell’operatore.

Ancora una volta, è il diritto penale del lavoro ad offrire ampi spunti in merito all’individuazione di un criterio utile per selezionare esclusivamente i contributi che abbiano effettivamente determinato l’evento, pur tuttavia senza dover ripiegare su un criterio causale “tradizionale”, impraticabile nell’agire collettivo.

In particolare, in ambito concorsuale, non può che negarsi la vigenza di un rapporto di causalità tra i singoli segmenti soggettivi che confluiscono nella verifica finale dell’offesa. Stando al settore lavoristico, nessuna legge scientifica è in grado di qualificare come autentiche *cause* di un infortunio le negligenze intervenute nella “catena” interrelazionale di gestione del rischio: ad es. la mancata valutazione o segnalazione dello stesso, il difetto di formazione, etc. E ciò per la semplice ragione che, sempre in via esemplificativa, sul piano controfattuale, anche ove il rischio fosse stato *ex ante* correttamente valutato e la formazione adeguatamente impartita, l’impedimento dell’evento dipenderebbe pur sempre

dal comportamento (*compliant* o meno) del lavoratore che, *ex post*, verrà fatalmente a contatto con quel fattore di rischio⁸³⁴.

Correlativamente, anche se il RSPP avesse tempestivamente segnalato al datore di lavoro un rischio poi concretizzatosi nell'evento, l'impedimento del risultato dannoso dipenderebbe pur sempre dalla tempestiva adozione della misura preventiva da parte del datore di lavoro reso ipoteticamente edotto. «Ogni condotta è frutto di scelte, di iniziative 'liberamente' intraprese, che escludono, per definizione, quella 'ripetibilità' del processo eziologico secondo una legge scientifica in grado di esprimere, deterministicamente (in tutti i casi, o in chiave 'probabilistica', non interessa) un nesso di derivazione constatabile *in rerum natura*»⁸³⁵.

L'esigenza di rifuggire da logiche assai prossime a quelle del caso per caso⁸³⁶ potrebbe dunque orientare l'interprete – similmente a quanto avviene nell'accertamento della causalità psichica – nel senso di ricondurre il fenomeno a *massime di esperienza* riguardanti le interazioni personali o, in altri termini, l'agire in contesti relazionali e organizzati. Di qui, sempre stando al diritto penale del lavoro, il *cortocircuito interpretativo*. Se è vero, per un verso, che la predisposizione di presidi antinfortunistici o la mancata segnalazione di rischi al garante in senso proprio attivano o aumentano il rischio di verificazione dell'evento lesivo, è altresì vero, per altro verso, che ciò non implica che il garante (il datore) assuma, poi, gli adeguati accorgimenti o, ancor più, che i lavoratori utilizzino i rimedi previsti. Anzi, è proprio la giurisprudenza, sindacando l'affidamento che il garante – tipicamente il datore di lavoro – può riporre sull'osservanza delle prescrizioni impartite, a considerare il lavoratore come soggetto intrinsecamente *imprevedibile* e, in quanto tale, *'inaffidabile'*: carattere di cui deve necessariamente tenere conto il vertice aziendale nella predisposizione dell'organizzazione del lavoro⁸³⁷.

⁸³⁴ Nel settore degli appalti, V. VALENTINI, *Domatori del rischio extra-aziendale e diritto penale degli appalti. Le virtù selettive della imputazione (di eventi) per competenza (del risk management)*, cit., p. 19, ritiene che la valorizzazione della competenza per il rischio riesca a rimediare alla «miope voracità del condizionalismo».

⁸³⁵ G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *LP*, 3 febbraio 2020, p. 4. Osservava come «per far fronte alla crisi del modello tradizionale di causalità [...] e per semplificare l'ardua individuazione dell'autore del reato, si finisce per radicare la responsabilità omissiva sulla mancata eliminazione o diminuzione di elementi di rischio» già A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., p. 597.

⁸³⁶ V., sul punto, l'analisi di D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, pp. 135 ss.

⁸³⁷ Quanto ai profili relazionali della colpa e alla totale irrilevanza del *Vertrauensgrundsatz* nel settore lavoristico, ampiamente, in senso critico, D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., pp. 353 ss.

La soluzione, giocoforza, non può che ridursi ad una *presunzione 'causale'*.

In giurisprudenza, la questione si è posta soprattutto nei casi in cui il RSPP manchi di segnalare un rischio purtuttavia già ben noto al datore di lavoro: situazioni in cui sembrerebbe – almeno nella maggior parte dei casi – difettare quel nesso di causa-effetto che lega l'inottemperanza del primo alla (finale) realizzazione dell'offesa. In tali ipotesi, parrebbe difficile escludere la verifica dell'evento aggiungendo mentalmente la segnalazione (ulteriore) del rischio. In altri termini, si avrebbe più di qualche *ragionevole* dubbio circa la permanenza dell'inottemperanza del datore pur a fronte di una nuova rappresentazione della (già ben nota) situazione di rischio. L'allontanamento dell'individuazione del *responsabile* dal principio di *responsabilità* per fatto proprio si impone in modo autoevidente.

Proprio in queste situazioni, nondimeno, il diritto vivente cede, come anticipato, alla *logica presuntiva*. «Il RSPP – si legge nelle massime delle più recenti pronunce in materia – può essere ritenuto responsabile [...] del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, *dovendosi presumere che alla segnalazione faccia seguito l'adozione*, da parte del datore di lavoro, *delle iniziative idonee a neutralizzare tale situazione* (sez. 4, n. 24822 del 10.03.2021, Solari, rv. 281433, relativa a fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva riconosciuto la responsabilità del RSPP per non avere segnalato nell'ultimo DVR il rischio di caduta nel vuoto per il cattivo stato di manutenzione dei parapetti di un balcone, [...] *ritenendo irrilevante [...] la circostanza che il rischio non segnalato fosse noto al datore di lavoro*)»⁸³⁸.

Sono rare ed attinenti ad un diverso settore (quello della responsabilità medica) le pronunce che richiedono un accertamento probatorio più pregnante per ritenere verificata

⁸³⁸ Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2023, n. 49300. In senso conforme, Cass. pen., sez. IV, 18 settembre 2023, n. 37991; Cass. pen., sez. IV, 07 giugno 2022, n. 21863; Cass. pen., sez. IV, 15 dicembre 2016, n. 2406; Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814. E, ancora, Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 2007, n. 39567, che evidenzia come «quanto al nesso di causalità [...] la mancanza di una formale segnalazione della situazione [...] costituisce un antecedente causalmente ricollegabile alla verifica dell'infortunio, della cui incidenza causale non può dubitarsi solo perché la pericolosità della situazione era comunque nota al datore di lavoro. Deve infatti ritenersi [...] che la segnalazione formale della situazione avrebbe indotto il datore di lavoro, dovendosi presumere il corretto funzionamento del sistema prevenzionale, a quegli interventi di adeguamento [...] che invece solo a seguito dell'incidente in questione vennero adottati». Viceversa, per un recupero dell'accertamento causale anche nell'ambito della cooperazione colposa, tra gli altri, R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *DSL*, 2023, 2, pp. 77 ss. Nel settore del diritto penale commerciale, evidenziano la necessità del positivo riscontro del giudizio controfattuale A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I. I principi generali*, cit., pp. 80 ss.

l'efficacia causale di violazione di obblighi di comunicazione da parte di diversi garanti *succedutisi* nella gestione del rischio rispetto al verificarsi dell'evento lesivo⁸³⁹. In tali situazioni, si ritiene necessario, in particolare, che il mancato intervento salvifico debba rinvenire la propria *causa* nell'omessa segnalazione del rischio da parte del predecessore. «In presenza di una condotta che non intervenga nella progressione del rischio verso l'evento temuto è necessario accertare che la condotta doverosa sarebbe stata in grado di impedire o ritardare tale progressione. E quando la condotta doverosa non consiste in un intervento diretto sul processo in evoluzione ma, come nel caso che occupa, nella segnalazione ad altri della situazione di rischio, le regole generali impongono di accertare che il successivo comportamento negligente del diverso attore trovi causa proprio nella mancata segnalazione»⁸⁴⁰.

6. (segue) *Una fattispecie “strumentalmente” orientata?*

L'impossibilità di richiedere un ortodosso accertamento causale tra soggetti autoresponsabili impone un ripensamento del legame che dovrebbe vincolarne le condotte. E la soluzione, a ben vedere, parrebbe risiedere in uno spunto fornito da una recente voce dottrinale tesa a rompere i legami, nella selezione dei soggetti chiamati a rispondere nei contesti plurisoggettivi, con la tradizionale interpretazione di alcuni dei più classici istituti di diritto penale: posizione di garanzia e causalità.

⁸³⁹ Sulla distinzione tra *trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia*, per tutti, A. GARGANI, *Ubi culpa*, ibi omissio, cit., pp. 590 ss.

⁸⁴⁰ Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2018, n. 1175. Riconduceva ipotesi simili al paradigma *causa causae est causa causati*, non dubitando della possibilità di ricorrere ad un procedimento causale «analogo a quello in materia di causalità “naturalistica”» qualora alle condotte del successore sia fornito un contributo *necessario e insostituibile*, già A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, cit., p. 485. Pone in luce la necessità di valutare ciò che è effettivamente successo, rifiutando miopi automatismi, anche M.L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1489 ss., il quale, tuttavia, evidenzia l'impossibilità di far ricorso a leggi scientifiche di copertura per la spiegazione del fenomeno. Anni fa, evidenziava lo scavalcamento dell'accertamento della colpa sull'indagine causale in ambito medico A. GARGANI, *Ubi culpa*, ibi omissio, cit., p. 597, che proponeva, con riferimento ai casi di successione diacronica dei garanti, un mutamento del contenuto dell'obbligo di garanzia, non più fondato, per il “cedente”, sull'impedimento del reato, bensì sulla rimozione della situazione di rischio da egli colposamente creata (pp. 643 ss.). Per una panoramica delle diverse sfaccettature della colpa nel settore medico, per tutti e in sintesi, M. CAPUTO, voce *Colpa medica*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir., I Tematici*, II, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 153 ss.

La teoria prende le mosse dall'assunto secondo cui la volontà della *societas*, nei contesti organizzati, nascerebbe e si svilupperebbe nell'ambito di complessi processi plurisoggettivi di gestione aziendale, non adeguatamente valorizzabili da un paradigma ancora rigidamente incentrato sulla figura del garante monosoggettivo. Segnatamente, si rileva che la possibilità di muovere un rimprovero per cooperazione o concorso omissivo al solo soggetto gravato da una posizione di garanzia si scontra, da un lato, con la diffusa scissione tra obblighi (tendenzialmente di attivarsi) e poteri di intervento, nonché, dall'altro lato, con la sempre più frequente subordinazione (più o meno assoluta) dell'azione del garante (inteso come soggetto dotato di poteri e doveri impeditivi del reato) al rispetto di obblighi meramente propositivi o informativi incombenti su altri.

La soluzione proposta, allora, è di valutare la condotta (attiva o omissiva) di cui si indaga la tipicità alla stregua di un parametro di "strumentalità", confluyente, in ultima analisi, in una valutazione di "peso complessivo" – da valutarsi *ex post* ed in concreto – assunto dalla medesima condotta nell'ambito del *processo* che ha portato alla verifica dell'evento (*rectius* al suo mancato impedimento collettivo), a nulla rilevando che questa faccia capo ad un vero e proprio garante o meno. A tal fine, si osserva che «a fronte del verificarsi di un'offesa, un conto è imputare l'evento – ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. e della disposizione di parte speciale – al garante che non lo abbia impedito, un altro è far rispondere un soggetto – ex artt. 40, comma 2, e 110 o 113 c.p. – di concorso nell'omesso impedimento dell'evento»⁸⁴¹.

Ne discende che, valorizzando la funzione incriminatrice degli artt. 110 e 113 c.p. a prescindere dalla natura attiva o omissiva del contributo, da un lato, nonché aderendo alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, dall'altro lato, «nell'ambito della compartecipazione nelle organizzazioni complesse, pur essendo sufficiente, la titolarità di una posizione giuridica di garanzia (di natura individuale) [cesserebbe] di rivelarsi indispensabile, essendo bastevole il riscontro della contitolarità di una *Garantenstellung* soggettivamente complessa o frazionata»⁸⁴².

In tal modo, come anticipato, a rilevare penalmente non sarebbe tanto (*rectius* soltanto) il mancato esercizio (individuale) di veri e propri poteri impeditivi dell'evento-reato, bensì, più in generale, l'inosservanza di qualsivoglia tipologia di obbligo (anche di

⁸⁴¹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., p. 188.

⁸⁴² A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., p. 189.

segnalazione, informazione, allerta), purché qualificabile – secondo una valutazione *ex post* ed in concreto – come strumentale rispetto al fallimento del complessivo piano preventivo. Per la configurazione di una tale forma di responsabilità, inoltre, non sarebbe nemmeno necessario che il soggetto titolare di veri e propri doveri impeditivi abbia omesso qualche suo obbligo. «La fattispecie di cui agli artt. 40, comma 2 e 110 (o 113) c.p. potrebbe [infatti] risultare ugualmente integrata per effetto della rilevata “influenza” e strumentalità obbiettiva di omissioni realizzate da altri membri dell’organizzazione – che, singolarmente considerati, non risultino titolari di obblighi di impedimento – i quali siano tenuti, in varia guisa, a cooperare alla prevenzione e all’impedimento dell’evento»⁸⁴³.

Ebbene, se tale impostazione risulta di difficoltosa applicazione, *de lege lata*, in quanto parrebbe porsi in contrasto, ad esempio, con la necessità di distinguere azione e omissione ai fini dell’invocabilità dell’art. 40 cpv, essa pare condivisibile nella misura in cui pragmaticamente rifiuta ogni tentativo di valutare il contributo *causale* tra condotte umane per rifarsi ad un più coerente parametro di *strumentalità*, di “peso” dei diversi contributi sull’offesa finale. La soluzione potrebbe dunque fornire un valido supporto, una volta introdotta la fattispecie colposa di cui sopra, per valutare la *strumentalità* del contributo dell’organizzatore rispetto all’effettiva diffusione del contenuto lesivo.

Seguendo questa impostazione, *ex ante*, dovrebbe essere accertato se la condotta contestata all’organizzatore – ovvero al soggetto su cui gravi originariamente il potere e dovere di gestire il rischio di diffusione di reati commessi da terzi: tipicamente incentrato sui componenti del CdA o su uno (o più) dei consiglieri a tal fine delegato (o delegati) – rappresenti un segmento suscettibile di attivare o aggravare il rischio concretizzatosi nell’evento, così come definito.

Ex post, dovrebbe essere valutata l’effettiva incidenza della violazione della regola cautelare dell’organizzatore sull’approfondimento dell’offesa derivante dall’illecito.

Non è automatico, infatti, che alla predisposizione di mezzi e presidi volti a rimuovere nel minor tempo possibile l’informazione illecita faccia seguito la condotta *compliant* dell’operatore. Essa, per i motivi più disparati – ad esempio, per la decisione di un “moderatore” di avvantaggiare in modo surrettizio un concorrente o per un costante errore dell’interpretazione di una norma giuridica da parte di tale soggetto – ben potrebbe essere omessa. In tali casi, l’assegnazione di una responsabilità penale all’organizzatore

⁸⁴³ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa*, cit., p. 203.

rivelerebbe il proprio contrasto con il principio di responsabilità per fatto proprio e colpevole.

7. Punire l'organizzatore per punire (anche) l'organizzazione

L'introduzione di una fattispecie incriminatrice colposa – come quella poco sopra prospettata a carico delle persone fisiche – nel catalogo dei reati presupposto previsto dal d. lgs. 231/2001, comporterebbe incontrovertibili conseguenze positive.

Dal punto di vista politico-criminale, essa incentiverebbe tutti i soggetti apicali, non solo quelli che abbiano la competenza a gestire il rischio specifico tradottosi nell'offesa, a dotare l'ente dell'organizzazione necessaria ad impedire la proliferazione di reati per il proprio tramite.

D'altronde, in queste ipotesi, il reale beneficiario dalla politica d'impresa, ed il soggetto al quale questa risulta effettivamente imputabile, risulta proprio l'ente collettivo: «l'unico [...] in grado di condurre a sintesi una pluralità di azioni di per sé prive di autonomo significato»⁸⁴⁴. Un lacunoso apprestamento di rimedi o, ancor peggio, una strategia aziendale volta alla mancata rimozione dei contenuti illeciti caricati dagli utenti – con conseguente aumento del numero di visualizzazioni – comporterebbe infatti indubitabili vantaggi economici per l'operatore.

Si rammenti inoltre che, alla luce di quanto osservato, un'esegesi coerente con la Costituzione della nozione di azione in senso stretto e di posizione di garanzia dovrebbe comportare, nelle imprese caratterizzate da un alto tasso di articolazione delle competenze, l'irresponsabilità del singolo per la mancata rimozione del contenuto; e ciò in forza ora della natura omissiva della condotta dei "moderatori", ora dell'insussistenza del coefficiente soggettivo doloso in capo agli apicali.

⁸⁴⁴ Cfr., benché nel settore ambientale, F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Rivista* 231, 2018, 4, p. 198, 201, il quale, peraltro, rileva come dalla lettura degli artt. 28 e ss. del d. lgs. 231/2001 (sul punto, per tutti, G. CAPOZIO, D. VOZZA, sub artt. 28, 29, 30, 33 – *profili penalistici*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et al., Wolters Kluwer, Milano, pp. 938 ss.) il principio di responsabilità personale dell'ente assuma caratteri più sfumati, ben potendo la persona giuridica rispondere anche a seguito di una propria 'trasfigurazione strutturale'. Analogamente, sempre F. CONSULICH *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018, pp. 20 ss.

7.1. L'occasione per riflettere su colpa e colpevolezza di organizzazione

Sul piano più strettamente giuridico, l'introduzione di una (ulteriore) fattispecie colposa nel catalogo dei reati presupposto permetterebbe di riflettere sul mantenimento di un'unica categoria di "colpa di organizzazione" pur al cospetto di un disvalore di condotta dell'ente evidentemente differenziato: consistente, per un verso, nel completo difetto organizzativo (tendenzialmente riconducibile all'assenza del MOG) e, per altro verso, nella scorretta organizzazione (nella sostanza: inidoneità o inefficace attuazione del MOG).

In merito a quest'ultimo aspetto, va infatti evidenziato che, a partire dall'esegesi dell'art. 8 d. lgs. 231/2001⁸⁴⁵, è in via di sviluppo una *cultura dell'autonomia della responsabilità dell'ente*, anche rispetto alle ipotesi enunciate all'art. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001⁸⁴⁶.

Nello specifico, si è sempre più inclini a considerare la responsabilità della *societas* in via parallela rispetto a quella della persona fisica, non quale risvolto (più o meno) automatico di quest'ultima, con correlativa portata *esimente* di una corretta organizzazione dell'impresa.

Per come tradizionalmente inteso nel nostro ordinamento, infatti, «il peculiare modello punitivo pare configurare, in sostanza, un'ipotesi di responsabilità per un "reato altrui", normativamente imputato alla persona giuridica – in via concorrente o autonoma rispetto al rimprovero diretto all'autore materiale dell'illecito presupposto – sulla base di specifici criteri di imputazione "oggettivi" e "soggettivi"»⁸⁴⁷.

In tal guisa, il disvalore dell'illecito dell'ente dovrebbe comporsi di *disvalore di (dis)organizzazione + disvalore del reato* (dell'apicale o del subordinato). E l'unica via per soppesare diversamente il primo connotato sarebbe valutare la presenza o l'assenza di presidi, protocolli e procedure (tendenzialmente contenuti o richiamati nel MOG) volti a prevenire il reato che si è verificato. Così come al disvalore di azione dolosa dovrebbe essere contrapposto quello di azione colposa, al disvalore di completa assenza di organizzazione

⁸⁴⁵ In commento alla disposizione, per tutti, G. DE SIMONE, *sub* art. 8 – profili sostanziali, cit., pp. 346 ss.

⁸⁴⁶ Si veda, ad es., e da ultimo, una delle proposte di A. SAVARINO, *Danni lungo-latenti e responsabilità penale. Modelli di imputazione e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 479 ss.

⁸⁴⁷ A. SAVARINO, *Danni lungo-latenti e responsabilità penale. Modelli di imputazione e prospettive politico-criminali*, cit., p. 419.

(in relazione al reato materializzatosi) dovrebbe corrispondere quello di scorretta o inefficiente organizzazione.

D'altronde, se la *ratio* della punibilità dell'ente dovrebbe essenzialmente ricavarsi dalla colpa (*rectius* colpevolezza) di organizzazione, non si comprende quale possa essere la ragione dell'assegnazione di una diversa sanzione in base alla commissione dolosa o colposa del reato della persona fisica. Alla diversa misura del rimprovero per il singolo potrebbe infatti non corrispondere una diversa riprovevolezza dell'illecito dell'ente. La commissione di un reato doloso, seppur non riconducibile ad una ipotesi di *elusione fraudolenta del modello*, ben potrebbe derivare da una decisione isolata dell'apicale o del subordinato, quantunque nell'interesse della società, non sostenuta da una politica di impresa illecita. Per converso, la realizzazione di un reato colposo potrebbe effettivamente mostrare una *dis-organizzazione* molto più marcata di quella che ha consentito l'isolata realizzazione di un fatto doloso.

Evidente dunque come, qualora si voglia prendere sul serio il principio di autonomia della responsabilità dell'ente e, al contempo, riequilibrare il disvalore di organizzazione e dell'evento-reato, non possa che imporsi il commiato dall'ascrivibilità colposa o dolosa dell'illecito dell'ente a partire dal coefficiente soggettivo dell'autore-persona fisica.

Così, *de lege ferenda*, potrebbe essere il totale difetto di organizzazione relativa ai reati del tipo di quello realizzatosi (tendenzialmente riconducibile all'assenza di MOG) ovvero, per contro, la scorretta o inefficace organizzazione (di norma afferente all'inidoneità o inefficace attuazione del MOG) a dover segnalare, rispettivamente, la *dolosità* o la *colposità* del fatto dell'ente.

Certo, una siffatta (e innovativa) modifica normativa imporrebbe il superamento dell'impostazione designata dagli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001, che, come detto, unifica le ipotesi di assenza *tout court* del modello (o dell'organizzazione) a quelle di idoneità o inefficace attuazione dello stesso, ricomprendendole tutte sotto l'ombrello della "colpa di organizzazione".

La responsabilità dell'ente dipendente da un unico reato presupposto (doloso e/o colposo) andrebbe scomposta in autonomi illeciti della *societas*: uno "doloso" e uno "colposo", afferenti alle diverse forme *colpevolezza* dell'ente e, perciò, sanzionati diversamente già in via astratta dal legislatore.

Naturalmente, la scelta di inserire nel catalogo dei reati presupposto fattispecie solo dolose, solo colpose o entrambe dovrà rimanere sottoposta a valutazioni di opportunità politico-criminali. Ciò non toglie, tuttavia, che, per ognuna di queste, debba essere identificato un diverso (e autonomo) illecito della persona giuridica, differentemente sanzionato in relazione al diverso grado di disvalore della condotta della *societas*: assenza di organizzazione tesa a ridurre il rischio di reati del tipo di quelli verificatisi vs. scorretta o inefficace attuazione delle predette misure.

In questo contesto, l’inserimento della descritta fattispecie colposa nel catalogo dei reati 231 potrebbe fungere da spinta per l’approfondimento della problematica e, magari, per una riforma strutturale della normativa nel senso anzidetto, maggiormente coerente al differente disvalore che i fatti “dolosi” o “colposi” dell’ente presentano.

8. *Sinossi conclusiva*

Il presente Capitolo ha permesso di ‘attualizzare’ gli approdi raggiunti, alla luce della concreta conformazione “organizzata” delle attività economiche: in sintesi, riconducibilità al paradigma attivo della condotta del *provider* che non abbia consapevolmente rimosso l’informazione vietata (così continuando a veicolarla) e mancato esaurimento della consumazione dell’illecito dell’utente nel momento di primo caricamento, sempreché questi mantenga la possibilità di rimuoverlo e non abbia attivato un rischio illecito incompatibile con quello realizzatosi nell’offesa.

Inizialmente, sono state vagliate le discipline, superate e vigenti, che, in alcuni degli ordinamenti stranieri più vicini alla nostra tradizione giuridica o all’avanguardia nella ricerca di soluzioni segnate dal pragmatismo che li contraddistingue, hanno introdotto, in varia guisa, forme di responsabilità (anche penale) per i *providers*⁸⁴⁸. Tale analisi ha permesso di evidenziare, su tutti:

i) la necessità, in vista del conio di un illecito colposo teso a sanzionare la carente organizzazione rivelatasi strumentale per la proliferazione del reato, di considerare, nel tempo necessario alla rimozione del contenuto vietato, anche circostanze che impediscono il rispetto di tempi molto brevi (es. 24h) dalla segnalazione: quali eventuali picchi di

⁸⁴⁸ Il primo riferimento è all’ordinamento francese e tedesco; il secondo a quello anglosassone.

notifiche ricevute in un arco di tempo ridotto o la particolare difficoltà di valutazione della liceità del contenuto;

ii) l'opportunità di concentrare il rimprovero sui soggetti apicali interni all'organizzazione: gli unici ad avere i poteri, gestori e di spesa, necessari per predisporre un apparato preventivo funzionale ad intercettare e rimuovere i contenuti vietati pubblicati dai terzi⁸⁴⁹.

Si è dunque passati all'analisi delle problematiche che l'accertamento della responsabilità penale presenta nei contesti *organizzati*. In relazione al settore oggetto della presente ricerca, l'attenzione è stata riposta, nello specifico, (a) sull'accertamento del dolo dei soggetti chiamati a governare il rischio di diffusione di informazioni illecite e (b) sulla qualificazione (attiva o omissiva) della condotta degli addetti alla moderazione dei contenuti.

a) Quanto al primo profilo, è stato dimostrato come, nei contesti plurisoggettivi, l'organo di vertice, salvo eccezioni, risulti sprovvisto della conoscenza necessaria a poter fondare un rimprovero doloso.

b) Quanto al secondo, è stato posto in luce come l'attività di moderazione, traducendosi nella rimozione di fattori etiologici creati da terzi (in specie: dagli utenti, mediante la pubblicazione di contenuti vietati), non possa che ricondursi al paradigma omissivo. Così, anche per i soggetti astrattamente dotati dell'elemento soggettivo necessario a sostenere un biasimo doloso, la responsabilità è stata negata per difetto di una posizione di garanzia. Ciò non di meno, si è visto come non possa escludersi un eventuale adattamento da parte della giurisprudenza delle soluzioni ermeneutiche elaborate nell'ambito del diritto penale del lavoro al settore in esame, con conseguente responsabilizzazione dei soggetti chiamati ad effettuare l'attività di moderazione in quanto "gestori" del rischio di diffusione di illeciti degli utenti.

Diverso è il caso dei *providers* di dimensioni molto piccole, ove il soggetto che gestisce l'attività di fornitura del servizio potrebbe veder convogliati su di sé anche i doveri di approfondimento circa la liceità dei contenuti illeciti e di assunzione delle delibere conseguenti. Al netto di ipotesi eccezionali⁸⁵⁰, solo in questo caso – sebbene in aperta

⁸⁴⁹ Cfr. *supra*, §§ 2 ss.

⁸⁵⁰ Tipicamente, quelle nelle quali l'organo di vertice viene reso edotto della presenza di un contenuto illecito sul proprio portale (o server).

violazione del principio di uguaglianza (con i vertici dei *providers* di maggiori dimensioni) – si potrebbe ammettere una responsabilità penale in concorso (commissivo) con l’utente⁸⁵¹.

L’assunto secondo il quale al crescere dell’organizzazione corrisponderebbe anche la tendenziale irresponsabilità penale per i soggetti che non abbiano rimosso o oscurato i contenuti illeciti caricati da terzi ha dunque mostrato l’opportunità di una modifica normativa. Emendamento consistente, segnatamente, nell’introduzione di una fattispecie colposa – di matrice delittuosa e limitata ai casi di colpa grave – tesa a sanzionare la scorretta organizzazione da parte dei soggetti originariamente dotati della competenza a gestire il rischio di diffusione degli illeciti commessi tramite i propri servizi: tipicamente consiglieri di amministrazione o membri del CdA a tal fine delegati (al di fuori dei casi di impresa individuale). Un reato di evento, da ravvisare nella ulteriore diffusione del contenuto illecito permessa dalla carente organizzazione, che non abbia consentito la rimozione dell’informazione vietata nel rispetto di un termine breve dalla segnalazione (es. 24h). Come detto, però, siffatta scansione temporale dovrebbe poter subire una deroga in presenza di circostanze eccezionali, quali il picco di segnalazioni in un dato momento o la particolare difficoltà circa la valutazione di liceità del contenuto⁸⁵².

L’incidenza causale (*rectius*: strumentale) della carente organizzazione in vista dell’ulteriore diffusione data all’illecito dell’utente è stata teorizzata – a partire dall’analisi delle questioni che, analogamente, si pongono nel diritto penale del lavoro, nonché sulla scorta di una recente e autorevole impostazione dottrinale – ponendo in luce la necessità di un duplice accertamento, da svolgere pur sempre nel paradigma commissivo di responsabilità; e ciò in forza della (reale) efficacia causale assunta dalla fornitura del servizio per l’ulteriore diffusione dell’illecito.

In chiave *ex ante*, si è ritenuto necessario comprendere se il rischio attivato dall’organizzatore si sia collocato proprio nella catena volta a prevenire l’offesa (così come ricostruita).

Dal punto di vista *ex post*, è stata valorizzata la prova dell’effettiva incidenza della violazione della regola cautelare da parte dell’organizzatore sull’ulteriore diffusione dell’illecito. Incidenza effettiva che si traduce nella misura del “peso” assunto

⁸⁵¹ Cfr. *supra*, §§ 3 ss.

⁸⁵² Cfr. *supra*, § 4.

dall'originaria carenza organizzativa sulla realtà fattuale (e plurisoggettiva) culminata con la mancata rimozione del contenuto/perdurante veicolazione dello stesso⁸⁵³.

Si è poi passati a valutare le ricadute positive che l'inserimento di una siffatta fattispecie nel catalogo dei reati 231 potrebbe determinare in chiave *repressiva* e, soprattutto, *preventiva*. In tale contesto, è stato evidenziato come la responsabilizzazione della persona giuridica avrebbe l'indubbio merito di orientare tutti i soggetti apicali interni all'organizzazione – non solo quelli tenuti a gestire il rischio di diffusione di contenuti illeciti pubblicati da terzi – verso l'adozione di un MOG idoneo ed efficacemente attuato, teso a prevenire, per quanto possibile, la realizzazione di tale reato⁸⁵⁴.

Lo studio si è concluso con qualche riflessione teorica che si auspica possa essere dischiusa, in chiave di riforma, a seguito dell'introduzione della sopra proposta fattispecie colposa nell'elenco dei reati presupposto 231⁸⁵⁵.

⁸⁵³ Cfr. *supra*, § 5 s.

⁸⁵⁴ Il riferimento va al § 7 del presente Capitolo.

⁸⁵⁵ Cfr. § 7.1.

OSSERVAZIONI FINALI

I. Il percorso di ricerca ha fatto emergere l'impellenza di una modifica normativa consistente nell'introduzione di una fattispecie delittuosa – limitata alla colpa grave – fondata sulla scorretta organizzazione funzionale all'arresto della diffusione di *content-related offences*. Dovrebbe trattarsi d'una disposizione volta a sanzionare i soggetti apicali (tipicamente consiglieri di amministrazione o membri del CdA a tal fine delegati, salvi i casi di imprenditori individuali), tenuti a gestire, nella fornitura dei servizi *Internet* o *in Internet*, il rischio di approfondimento dell'offesa derivante dal mantenimento del contenuto illecito in rete (o sulla piattaforma). Quanto alla struttura, la fattispecie dovrebbe caratterizzarsi quale reato di evento, ravvisabile nella nuova diffusione del contenuto, permesso dalla carente predisposizione di risorse o di coordinamento tesi alla rimozione o all'oscuramento del contenuto vietato in un termine breve dalla segnalazione (es. 24h), salvo eccezioni. Questa la proposta di riforma affiorata a conclusione del presente lavoro, articolatosi come segue.

II. Nel Capitolo I, sono state poste le basi tecnologiche e dogmatiche per l'approfondimento della responsabilità penale degli ISP e delle piattaforme digitali.

In particolare, nella Prima Sezione è stata ripercorsa la genesi del diritto penale dell'informatica, distinguendola nettamente tra un "prima" e un "dopo" l'avvento di *Internet*. Sono state così riprese alcune classificazioni utili all'analisi dei reati commessi mediante lo strumento tecnologico: reati informatici in senso stretto e in senso ampio, reati cibernetici in senso stretto e in senso ampio, *AI crimes*.

La ricerca è stata limitata all'analisi della responsabilità dei *providers* in relazione alla commissione di reati relativi ai contenuti (*content-related offences*), interessanti almeno per una duplice ragione:

i) in quanto, a fronte della *standardizzazione* della condotta – ricorre infatti la pubblicazione in rete di un contenuto vietato –, il relativo disvalore viene *in astratto* costruito dal legislatore, *in primis*, sul *tipo* di informazione caricata;

ii) poiché, al contempo, l'offesa provocata dal reato dipende dal grado di diffusione al quale l'informazione vietata è stata, *in concreto*, assoggettata.

È stata dunque sottoposta a critica l'asserita neutralità dello strumento informatico. In particolare, si è evidenziato come l'utilizzo di quest'ultimo, per un verso, *fomenti* l'agire criminoso, e ciò in quanto assicura un effetto '*disinibente*' nella contrapposizione al diritto, e, per altro verso, 'immerga' l'illecito commesso *online* in una dimensione di confine, a cavallo tra quella reale e virtuale, inestricabilmente intrecciate. L'offesa, nell'illecito cibernetico, percorre moti circolari, che si dipanano a partire dalla realtà analogica (condotta materiale di battitura di tasti), per poi passare a quella digitale (caricamento del contenuto dell'illecito in rete) e infine essere restituita alla prima (visualizzazione sugli schermi, salvo l'utilizzo di ulteriori tecnologie).

III. Proprio il peculiare sviluppo dell'offesa dell'illecito cibernetico, strettamente connesso al grado di diffusione del contenuto vietato, ha imposto, nella Seconda Sezione del Capitolo I, una riflessione sulle premesse dogmatiche che dovrebbero guidarne l'analisi.

Convinti, come è stato successivamente dimostrato, che il primo caricamento del contenuto illecito *online* non esaurisca la lesione all'interesse protetto, che si aggrava con la proliferazione dell'informazione vietata, l'attenzione è stata riposta sul disvalore di azione. In altri termini, non potendosi limitare il concreto *disvalore* del reato alla mera conformazione astratta del contenuto caricato, ma dovendo esso ricollegarsi (anche) all'effettiva diffusione subita, si è rivelato necessario individuare un criterio utile a *imputare* offese in coerenza con il principio di personalità per fatto proprio, prima che colpevole.

Il riequilibrio tra disvalore di azione e di offesa, imprescindibile per assicurare il rispetto del canone di *personalità*, è stato dunque assicurato dalla valorizzazione del *nesso di rischio*, quale "nuovo" elemento costitutivo del reato; e ciò anche con riguardo ad illeciti sprovvisti di evento in senso naturalistico. La giustificazione dell'ampliamento della teoria anche a questi ultimi risiede nelle premesse: ai fini dell'aggravamento dell'offesa – e della sua conseguente imputazione – rileva la concreta diffusione dell'illecito, in uno con la protrazione del fatto tipico, non tanto, invece, che quest'ultimo presenti, nella propria struttura astratta, un evento naturalistico.

Sul piano della responsabilità del *provider*, la valorizzazione del *nesso di rischio*, nel senso anzidetto, ha mostrato concrete ricadute sotto un duplice aspetto.

i) La verifica del carattere illecito del rischio attivato o aggravato ha permesso di escludere la responsabilità dei *provider* nei casi di fornitura *ex ante* di un servizio, successivamente *strumentalizzato* per commettere reati: l'approdo è stato approfondito, in particolare, nel Capitolo III.

ii) L'accertamento del rapporto di identità tra il rischio attivato e quello realizzatosi nell'offesa ha permesso di escludere l'imputazione di quest'ultima al soggetto attivo nei casi in cui il contenuto abbia subito un'improvvisa diffusione a causa di fattori imprevedibili al momento del caricamento (si pensi, ad es., all'improvvisa notorietà dell'utente). All'interruzione del prolungamento del momento consumativo consegue l'impossibilità di muovere un rimprovero al *provider* per non aver impedito la successiva proliferazione dell'informazione illecita, segnatamente mediante la relativa rimozione o impedimento dell'accesso: la tematica è stata successivamente trattata, nello specifico, al Capitolo IV.

IV. Sviluppate tali premesse teorico-pratiche, la ricerca si è concentrata, nel Capitolo II, sull'analisi dei formanti – legislativo, dottrinale e giurisprudenziale –, che, sul piano interno e sovranazionale, hanno contribuito a definire lo statuto della responsabilità dei *providers*.

Si è così giunti all'individuazione delle seguenti ipotesi nelle quali il *provider*, ancora inteso quale persona fisica che esercita l'attività di fornitura di servizi *Internet* e in *Internet* (non come *organizzazione*), potrebbe incorrere:

i) casi di vera e propria autoria, ricorrenti qualora il *provider*, alla pari di qualsiasi altro utente, abbia creato e pubblicato in rete un'informazione illecita;

ii) scorretta attività di moderazione di *newsgroup* o di *mailing list*. In queste situazioni, il soggetto diffonde contenuti caricati da terzi, omettendo di espletare adeguatamente il proprio vaglio preventivo. Per le ragioni che consentono l'inquadramento di tale forma di responsabilità nel paradigma concorsuale commissivo si rinvia al relativo citato Capitolo II, segnatamente, al Par. 2.2.1.

Diversamente, è stata esclusa la possibilità di ravvisare in capo all'ISP una posizione di garanzia tesa all'impedimento, *ex ante*, della commissione di reati da parte degli utenti. A sostegno di tale argomentazione, depongono ragioni sia tecniche sia normative.

Quanto alle prime, si ricordano: (i) l'impossibilità di effettuare un vaglio preventivo su tutte le informazioni veicolate da terzi; (ii) l'eventuale malfunzionamento di sistemi

automatici di filtraggio, incidenti su diritti fondamentali dei fruitori dei servizi; (iii) l'incapacità, con riguardo agli *access providers*, di escludere l'accesso al contenuto utilizzando i servizi prestati da altri fornitori.

Quanto alle seconde, basti rammentare che l'art. 15 dir. CE 2000/31, recepito dal d. lgs. 70/2003 nell'art. 17 ed oggi confluito nell'art. 8 del regolamento 2022/2065 (DSA), esclude qualsivoglia dovere di ricerca attiva di reati commessi dagli utenti e di controllo sulle informazioni che i *providers* trasmettono o memorizzano.

Assai più complicata, anche dal punto di vista dogmatico, la soluzione delle ipotesi di preteso biasimo dei *providers* per aver messo a disposizione dell'utente, nella veste di soggetto attivo, il *mezzo* di realizzazione del reato (responsabilità *ex ante*) ovvero per non aver rimosso o oscurato l'informazione vietata, una volta pubblicata (responsabilità *ex post*).

Rinviando al Capitolo III, ove sono stati sindacati i criteri distintivi tra azione e omissione, oltre all'adattamento delle soluzioni individuate sul piano concorsuale, la prima forma di rimprovero è stata esclusa in forza della *liceità* del servizio prestato dal fornitore. Tale rilievo ha costituito la base per escludere la responsabilità dei fornitori di servizi di accesso e trasmissione temporanea di dati, naturalmente qualora la loro attività sia rimasta confinata nel margine di *rischio consentito*, ovvero qualora tali soggetti si siano limitati ad eseguire i comandi degli utenti senza modificare il contenuto delle informazioni o selezionare i destinatari delle stesse. È stata dunque lumeggiata la portata meramente dichiarativa dell'art. 4 DSA, corrispondente al contenuto degli artt. 12 dir. CE 2000/31 e 14 d. lgs. 70/2003.

A diversi approdi si è giunti, invece, in relazione alla responsabilità "*ex post*" per *caching* e *hosting providers*.

Alla luce del disposto degli artt. 13 dir. CE 31/2000 e 15 d. lgs. 70/2003, oggi confluiti nell'art. 5 DSA, ai primi (*caching providers*) si è ritenuto attribuibile un rimprovero, in concorso con l'utente, a condizione che il fornitore abbia avuto effettiva conoscenza che le informazioni illecite sono state rimosse dal *server* in cui si trovavano (o il relativo accesso sia stato disabilitato) ovvero che un'autorità ne abbia imposto la rimozione o l'impedimento dell'accesso, salva la prova dell'*oggettiva contribuzione alla diffusione*. In altri termini, rispetto a quest'ultimo elemento, si è ritenuto indispensabile che l'*hosting provider*, presso il quale l'informazione era stata memorizzata, l'abbia rimossa o

oscurata e che, al contempo, questa sia rimasta disponibile in rete, poiché salvata sulla *cache*, per un tempo considerevole (es. almeno qualche ora o giorno).

Diversamente, il fornitore del servizio di *hosting* è stato ritenuto responsabile per la mancata *consapevole* rimozione del contenuto vietato.

La soluzione – beninteso, per i fornitori di media e lunga durata di dati – si è vista dipendere, in estrema sintesi, dalla definizione di due questioni di fondo, oggetto di approfondimento in altrettanti Capitoli (rispettivamente, il III e il IV):

a) l'inquadrabilità nel paradigma *commissivo* (e non in quello *omissivo*) della condotta del *provider* che seguiti a fornire il servizio di *caching* o di *hosting*, così implementando la divulgazione dell'informazione illecita;

b) la ricomprensione del tempo durante il quale il contenuto rimanga fruibile per gli utenti in rete nell'ambito della fase di *consumazione* del reato, in guisa tale da escluderne la riconducibilità ad un *post-factum* non punibile.

Sul piano normativo, è stato evidenziato come, rispetto alla responsabilità del prestatore di servizi di memorizzazione di lunga durata di dati, l'entrata in vigore del DSA e, al contempo, l'abrogazione dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003 da parte dell'art. 3, comma 4, del d. lgs. 50/2024 abbiano comportato il *ritorno* ad una disciplina di *sfavore* per l'ISP, invero già insita nell'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico (dir. CE 2000/31).

Nello specifico, è venuto meno il requisito della conoscenza “qualificata” del contenuto illecito: l'art. 16 del d. lgs. 70/2003 prevedeva infatti che l'*hosting provider* potesse andar esente da responsabilità solamente qualora “non appena a conoscenza di tali fatti, *su comunicazione delle autorità competenti*, [avesse agito] immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

Si è così osservato che, ad oggi, l'*hosting provider*, ai sensi dell'art. 6 del DSA, dovrà essere ritenuto responsabile quando abbia avuto conoscenza *effettiva* del contenuto illecito (carattere che esclude la rilevanza del dolo eventuale) e non lo abbia immediatamente rimosso o oscurato; e ciò a prescindere dal canale (interno o esterno) con il quale ne sia stato reso edotto.

D'altro canto, si è osservato come gli “obblighi di diligenza” imposti dal DSA, autonomamente sanzionati in via amministrativa, non possano incidere su tale approdo. L'assunto si giustifica, per un verso, in forza della riproposizione, agli artt. 4 ss., delle condizioni di esenzione della responsabilità dei *providers*, che altrimenti perderebbero

significato; per altro verso, alla luce della natura “*sistemica*”, non *ontologica*, del rischio oggetto di valutazione e gestione da parte dei fornitori di servizi di dimensioni molto grandi.

V. Il percorso di ricerca si è così orientato verso l’approfondimento delle due *macro-questioni* che interessano la responsabilità dei *providers* e delle piattaforme digitali, segnatamente nei casi di mancata consapevole rimozione del contenuto illecito (come detto, rispettivamente analizzate ai Capitoli III e IV):

i) la riconducibilità di tale condotta al paradigma commissivo o omissivo di responsabilità: da ciò discende infatti, prima di tutto, l’irrilevanza dell’individuazione di una posizione di garanzia in capo al *provider*;

ii) l’individuazione del momento consumativo dell’illecito *online*, che segna il confine con il *post-factum* non punibile e, conseguentemente, l’ammissibilità di una responsabilità concorsuale del prestatore.

Quanto al primo aspetto, l’attenzione è stata concentrata sulle ragioni che impongono una chiara distinzione tra azione e omissione, nonché sui criteri che dovrebbero governarla. A questo secondo fine, si è rivelata indispensabile la congiunzione di criteri naturalistici e normativi: approdo che ha consentito la qualificazione (attiva o omissiva) di una condotta in base alla relativa incidenza *causale* sul brano di vita rilevante ai sensi della fattispecie incriminatrice attenzionata.

La soluzione è stata poi adattata al piano concorsuale, ove occorre sindacare la *strumentalità* del contributo di cui si indaga la natura rispetto alla realizzazione plurisoggettiva del fatto tipico.

Inevitabile la conclusione: il mantenimento del contenuto illecito da parte del fornitore sul proprio *server* o portale, rivelandosi *strumentale* rispetto all’ulteriore diffusione dell’illecito, non può che essere ricondotto ad una azione in senso stretto.

Parallelamente, il profilo omissivo del medesimo contributo, consistente nella (mancata) rimozione dell’informazione vietata, lungi dal poter segnalare una vera e propria omissione, vale a contrassegnare la condotta alternativa lecita del *provider*. Qualora così non fosse, alla qualificazione “attiva” dell’azione del *provider*, una volta ottenuta conoscenza effettiva di un contenuto illecito sul proprio portale o *server*, conseguirebbe automaticamente la relativa responsabilità concorsuale. Il principio di colpevolezza, per questa via, verrebbe irrimediabilmente pregiudicato.

VI. Rispetto al secondo quesito di interesse, quello dell'individuazione del momento consumativo dell'illecito cibernetico, la ricerca è stata articolata in una duplice fase.

Nella prima, sono state sottoposte a setaccio le teorie, prospettate in dottrina, che collocano il termine di consumazione di tali reati ora nel tempo del primo caricamento del contenuto in rete, ora in quello di sua completa eliminazione dalla stessa.

Ricavata dall'astratta conformazione delle fattispecie suscettibili di assumere significato in questo settore, la tesi dell'istantaneità è stata criticata in forza dell'attrito provocato rispetto allo sviluppo *offensivo* del fatto concreto, indispensabile per individuare, fatti salvi i reati necessariamente istantanei, un'eventuale scissione tra il momento di perfezione (*Vollendung*) e di consumazione (*Beendigung*) del reato.

D'altro canto, non è stata ritenuta meritevole di integrale accoglimento nemmeno la tesi di chi, all'opposto, propone la costruzione di una nuova forma di manifestazione del reato, rilevando come la diffusione dell'illecito in rete approfondisca l'offesa al bene giuridico, ma, al contempo, risulti svincolata dalla signoria del soggetto agente. E ciò in ragione, in estrema sintesi, delle incompatibilità che ne discenderebbero sul piano del rispetto del principio di *personalità* della responsabilità penale, nella propria duplice gemmazione: di *fatto proprio* e *colpevole*.

È stata allora proposta una tesi intermedia, tesa a vincolare la protrazione dell'illecito dell'utente – essenziale ai fini della responsabilizzazione concorsuale del *provider* – ad una duplice condizione:

i) la persistenza (o l'approfondimento dell'offesa), a cui si dovrebbe necessariamente accompagnare la perdurante possibilità per il soggetto attivo di farla cessare (rimuovendo il contenuto);

ii) la corrispondenza tra il rischio illecito attivato tramite il primo caricamento e quello realizzatosi nel risultato lesivo, riconducibile, in definitiva, all'esclusione di circostanze *ex ante* imprevedibili che abbiano comportato un'improvvisa diffusione del contenuto, del tutto estranea a quella originariamente preventivabile.

Solo in presenza di entrambe le condizioni l'illecito potrà dirsi in fase di consumazione, con la conseguenza che, qualora durante questo segmento temporale il *provider* venisse a conoscenza del contenuto illecito, avrà l'obbligo di rimuoverlo

immediatamente, pena la configurazione di una responsabilità concorsuale attiva con l'autore della violazione.

VII. Gli approdi raggiunti sono stati successivamente calati nella dimensione di *complessità* che oggi conforma l'agire economico. Non più dunque il *provider* quale persona fisica che esercita la relativa attività, ma quale *organizzazione* nella quale operano, su diversi livelli e con differenti gradi di autonomia, soggetti chiamati (anche) a gestire il rischio di proliferazione di reati commessi dagli utenti.

Dopo un breve giro d'orizzonte sulle discipline estere che governano (o hanno governato), anche mediante l'utilizzo dello strumentario penale, la responsabilità dei *providers* in relazione alle ipotesi in esame, l'attenzione è stata riposta sulle questioni sottese, sul piano nazionale, all'individuazione del soggetto-persona fisica responsabile per l'eventuale mancata rimozione (*rectius* diffusione) dell'illecito.

Nulla quaestio, come anticipato, rispetto alla fornitura di servizi *Internet* o in *Internet* esercitata in forma individuale (o semi-individuale). Sarà tale soggetto a dover rispondere dell'omessa inibizione dell'accesso al contenuto illecito.

Assai più articolata – e, a nostro parere, oltremodo difficile da percorrere – la via per assegnare responsabilità individuali per tali fatti all'interno di organizzazioni complesse, caratterizzate da appositi dipartimenti deputati a svolgere l'attività di moderazione dei contenuti.

I soggetti apicali – le condotte dei quali, alla luce dei criteri anzidetti, potrebbero essere qualificate come *attive* – potrebbero trincerarsi dietro il difetto di elemento soggettivo necessario a sostenere l'imputazione ai sensi dell'art. 110 c.p.

La responsabilità degli appartenenti ai dipartimenti di moderazione – più vicini alla fonte di rischio e i soli edotti, salvo eccezioni, della realizzazione del reato da parte di terzi – dovrebbe essere esclusa, invece, sulla base della qualificazione omissiva della propria condotta, alla quale non fa da *pendant* una posizione di garanzia. Mediante la propria attività, infatti, questi non contribuiscono materialmente alla diffusione dell'illecito, ma, al più, non la interrompono.

Al netto dell'adattamento di posizioni giurisprudenziali a dir poco insensibili all'assegnazione di responsabilità penali rispettose del principio di *personalità*, sviluppatasi soprattutto nell'ambito del diritto penale del lavoro e volte a sovrapporre la nozione di

garante (in senso proprio, ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.) a quella di “gestore del rischio”, si fatica quindi ad individuare un serio pericolo di responsabilizzazione penale di soggetti operanti all'interno di organizzazioni complesse, naturalmente in relazione a tali ipotesi.

Di qui, altresì per ridurre un'evidente disparità di trattamento con soggetti sprovvisti di analoghe risorse economiche, l'opportuna introduzione della fattispecie colposa richiamata in apertura delle presenti osservazioni. Un delitto, limitato alla colpa grave, teso a sanzionare l'organo di vertice per la scorretta conformazione dell'apparato organizzativo volto ad intercettare e rimuovere i contenuti vietati, una volta segnalati.

Il rimprovero doloso, in via concorsuale con l'utente, potrà invece trovar luogo nei casi di consapevolezza – e corrispondente inerzia – dell'apicale in merito alla realizzazione dell'illecito da parte di terzi.

L'introduzione della predetta fattispecie anche nel catalogo dei reati 231 avrebbe inoltre l'indubbio merito di invitare tutti gli apicali, non solo il soggetto tenuto a valutare e gestire il relativo rischio, a dotare la società di un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di tale delitto. Soluzione che consentirebbe di rafforzare l'apparato di prevenzione in relazione alla diffusione di illeciti *online* sotto una duplice veste: di contenimento del rischio *ontologico* e *normativo*.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto penale e intelligenza artificiale "Nuovi scenari"*, a cura di G. Balbi, F. De Simone, A. Esposito, S. Manacorda, Giappichelli, Torino, 2022.

Aa. Vv., *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, a cura di F. Basile, M. Caterini, S. Romano, Pacini, Pisa, 2021.

AA. VV., *Reati contro l'incolumità pubblica*, a cura di D. Castronuovo, Giappichelli, Torino, 2024.

AA. VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

ABRAMI A., TEISSONNIERE J.P., *Il caso Eternit*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, p. 301.

ACCINNI G.P., *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.*, 23 maggio 2017.

AGHAEI S., NEMATBAKHSH M.A., FARSANI H.K., *Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0*, in *International Journal of Web & Semantic Technology*, Vol. 3, 1, 2012, p. 1.

AIMI A., *Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso Eternit*, in *Quest. giust.*, 2017, 1, p. 27.

AIMI A., *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità del reato*, Giappichelli, Torino 2020.

ALBAMONTE E., *Il reato informatico nella prassi giudiziaria: le linee guida internazionali per il contrasto ai nuovi fenomeni criminali*, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, 2013, 3, p. 146.

ALBAMONTE E., *La diffamazione a mezzo web*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Giffrè, Milano, 2020, p. 487.

ALESSANDRI A., *Criminalità informatica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 653.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010.

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *Diritto penale commerciale. I. I principi generali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 78 ss.

ALIBRANDI L., voce *Reato permanente*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 1991.

ALMEIDA F., *Concept and Dimensions of Web 4.0*, in *International journal of Computers and Technology*, Vol. 16, 7, 2017, p. 7040.

AMARELLI G., *Furto (art. 624 c.p.)*, in *I reati contro il patrimonio*, a cura di S. Fiore, Utet, Milano, 2010, p. 29.

AMATO G., *Autore ignoto e responsabilità dell'ente*, in *Rivista 231*, 2015, 4, p. 221.

AMBOS K., *Omissions*, in *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Anglo-German Dialogues*, edit by K. Ambos (general editor), A. Duff, J. Roberts, T. Weigend, A. Heinze (assistant editor), Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 19 s.

AMENDOLA G., *L'ambiente in costituzione. Primi appunti*, in *Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare*, 14 febbraio 2022.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934, rist., Torino, 1960.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003.

ASHWORTH A., *Positive Obligations in the Criminal Law*, Hart, Oxford, 2013.

BACCIN A., *Responsabilità penale dell'internet service provider e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso Force v. Facebook*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 75.

BARABASI A.L., *Link. La scienza delle Reti*, Einaudi, Torino, 2004.

BARATTA A. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1985.

BARILE L., *Appropriazione indebita di file informatici: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia il diritto penale è 'cosa mobile'*, in *Sistema Penale*, 2021, 3, p. 139.

BARTOLI R., *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di R. Borsari, Padova University Press, Padova, 2016, p. 13.

BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, p. 600.

BARTOLI R., *Diritto penale. Elementi di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2023.

BARTOLI R., *Il problema della causalità penale, Dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, Torino, 2010.

BARTOLI R., *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 137.

BASILE E., *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Giappichelli, Torino, 2018.

BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e uomo*, 29 settembre 2019.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Verlag Von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906.

BELL A., *Il processo alla centrale termoelettrica di Porto Tolle: gli ex amministratori delegati di Enel condannati per il pericolo di disastro sanitario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 ottobre 2014.

BELLACOSA M., *sub art. 8*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, diretto da M. Levis, A. Perini, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 292.

BENITO-OSORIO D., PERIS-ORTIZ M., RUEDA ARMENGOT C., COLINO A., *Web 5.0: the future of emotional competences in higher education*, in *Global Business Perspectives*, 2013, p. 274.

BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1781 (2000), Batoche Books, Kitchener.

BERGHELLA F., BLAIOTTA R., *Diritto penale dell'informatica*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2329.

BERNASCONI A., *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, in A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 87.

BETTIOL G., PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Cedam, Padova, 1986.

BEVERE A., ZENO-ZENCOVICH V., *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in *Dir. inf. e informatica*, 2011, p. 375.

BIANCHI M., *La “complicità” mediante condotte “quotidiane” – Apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 37.

BIN L., *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli, Torino, 2022.

BIRRITTERI E., *La responsabilità da reati ambientali degli enti collettivi: profili dogmatici e tecniche di prevenzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2021, 1, p. 290.

BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.

BLAIOTTA R., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, II ed., Giappichelli, Torino, 2023.

BORRUSO R., *La tutela del documento e dei dati*, in *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1.

BORSARI R., *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *MediaLaws*, 3, 2019, pp. 262.

BRASCHI S., *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 3, p. 367.

BRASCHI S., *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Wolters Kluwer, Milano 2020.

BRASCHI S., *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 2020, 3, p. 157.

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960.

BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Franco Bricola. Scritti di diritto penale*, Tomo II, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1559 (già in *Foro it.*, 1985, p. 1).

BRICOLA F., *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del convegno di studio organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 17-18 dicembre 1976, Giuffrè, Milano, 1978, p. 75.

BRUNELLI D., *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2000.

BRUNELLI D., *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa University Press, Pisa, 2023.

BRUNELLI D., *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, p. 254.

BURCHARD C., *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1909.

BURKHARDT B., *Dottrina finalistica dell'azione di Welzel e la teoria filosofica dell'azione*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti*

storici del finalismo penale, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 39 ss.

BUSSOLATI N., *I reati nel metaverso*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Milano, 2023, pp. 1469 ss.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. I. Profili introduttivi e politico criminali*, Cedam, Padova, 1988.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. II. Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Cedam, Padova, 1988.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023.

CAJANI F., *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Giappichelli, Torino, 2011, p. 216.

CALETTI G., voce *Recklessness*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 1047.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I ed., Il Mulino, Bologna, 2007.

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017.

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999.

CAPOZIO, VOZZA D., *sub artt. 28, 29, 30, 33 – profili penalistici*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et al., Wolters Kluwer, Milano, p. 938.

CAPPELLINI A., *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, 27 marzo 2019.

CAPUTO M., *Dalla teoria dei “segnali d’allarme” alla realtà dell’imputazione dolosa nel concorso dell’amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 905.

CAPUTO M., *Una questione di metodo: l’individuazione delle responsabilità penali nella tragedia dell’hotel “Rigopiano”*, in *Ius pen.*, 13 giugno 2025.

CAPUTO M., voce *Colpa medica*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Milano, Giuffrè, 2021, p. 153 ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Cedam, Padova, 2005.

CARBONE R., *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2782.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto penale: il reato*, Giuffrè, Milano, 1943.

CARRIERO M.F., *Causalità e imputazione. Le leggi scientifiche tra metodo e dogmi*, Giappichelli, Torino, 2025.

CARRIERO M.F., *L'Ingerenz-theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 957.

CARRIERO M.F., *Qualche breve annotazione sul tema dei reati di comune pericolo*, in *Arch. pen.*, 20 febbraio 2025.

CASSANO G., BUFFA F., *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 77 ss.

CASTALDO A.R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989.

CASTALDO A.R., *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1096.

CASTALDO A.R., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *St. urb.*, 1985-86/1986-87/1987-88, p. 127.

CASTALDO A.R., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 881.

CASTRONUOVO D., *Clausole generali e diritto penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012, p. 1.

CASTRONUOVO D., *Gestione "organizzata" del rischio di calamità. Colpa "distale" e "prossimale" alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *Arch. pen.*, 15 settembre 2025.

CASTRONUOVO D., *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 305.

CASTRONUOVO D., *Il caso Eternit. Omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 107.

CASTRONUOVO D., *Il paradosso della responsabilità penale in tema di sostanze tossiche: irrinunciabile e ineffettiva*, in *DPEI*, 5 maggio 2025.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009.

CASTRONUOVO D., *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2018, 2, p. 11.

CASTRONUOVO D., *La protezione penale dell'ambiente: tra evoluzione normativa e giurisprudenza creativa*, in *Arch. pen.*, 14 maggio 2025.

CASTRONUOVO D., *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 3.

CASTRONUOVO D., *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg., pen.*, 7 febbraio 2025.

CASTRONUOVO D., *sub art. 25-septies*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 637.

CASTRONUOVO D., *Tecniche di tutela e principio di precauzione*, in *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, a cura di A. Gargani, Giappichelli, Torino, 2021, p. 73.

CASTRONUOVO D., voce *Colpa penale*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 200.

CATULLO F.G., *Sullo sfruttamento della prostituzione on-line*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3581.

CAVALIERE A., *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema Penale*, 2023, 10, p. 63.

CAVALIERE A., *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 20 settembre 2018, p. 1.

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. delle Società*, 2012, p. 317.

CIPOLLA P., *L'appropriazione indebita "informatica" nel contesto della dematerializzazione del concetto di "cosa" nei reati contro il patrimonio*, in *Giust. pen.*, 2020, 2, p. 605.

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 90.

COCCO G., *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie: questioni controverse di unità pluralità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 374.

COE P., *Tackling online false information in the United Kingdom: The Online Safety Act 2023 and its disconnection from free speech law and theory*, in *Journal of Media Law*, 2023, 15, p. 213.

COLUCCI C., *I dati informatici come “cosa mobile” oggetto di furto o appropriazione indebita*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 877.

CONSULICH F., *Disastri evitabili e forme della colpa nell'organizzazione pubblica*, in *Cass. pen.*, 2025, p. 2715.

CONSULICH F., *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1015.

CONSULICH F., *I criteri di imputazione soggettivi*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di S. Manacorda e L. Luparia, Trattato di Diritto penale dell'economia e dell'impresa, diretto da A. Lanzi e V. Manes, in corso di pubblicazione.

CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023.

CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, 2024, Giappichelli, Torino, p. 443.

CONSULICH F., *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, in *Diritto di Difesa*, 17 dicembre 2024.

CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018.

CONSULICH F., *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, p. 195.

CONSULICH F., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Rivista* 231, 4, 2018, p. 197.

CONSULICH F., *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. comm.*, 2024, pp. 699 ss.

CONSULICH F., *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024.

CONSULICH F., voce *Rischio consentito*, in *Reato colposo*, a cura di M. DONINI, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 1102.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Editori Laterza, Roma, II, 2004.

CONTRI F., *Nesso di rischio “prevalente” e delitti contro l’incolumità pubblica*, in *Leg. pen.*, 19 aprile 2025.

CONTRI F., *Note a margine di un’inedita (e discussa) condanna del RLS per omicidio colposo*, in *DSL*, 2023, 2, p. 33.

CONTRI F., *Paradigmi di responsabilità penale per l’esposizione a sostanze tossiche. Dalla responsabilità individuale a quella dell’organizzazione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2024, 4, p. 218.

CONTRI F., *Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS*, in *DPEI*, 2024, 2, p. 42.

COPPI F., voce *Reato permanente*, in *Dig. pen.*, XI, 1996, p. 318.

CORASANITI G., *La tutela della comunicazione informatica e telematica, Profili penali dell’informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 101.

CORBETTA S., *Caso “Google”: nessuna responsabilità dell’host provider per l’omesso impedimento di reati realizzati dagli utenti della rete*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 277.

CORBETTA S., *Il “disastro innominato”: una fattispecie “liquida” in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, in *Criminalia*, 2014, p. 275.

CORNACCHIA L., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, p. 247.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Ein unausrottbares Verständnis? L’eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 261 ss.

CORNACCHIA L., *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Giappichelli, Torino, 2021.

CORRIAS LUCENTE G., *Il blog con contenuti diffamatori: la natura del mezzo e l’attribuzione delle responsabilità*, in *Dir. inf. e informatica*, 2013, p. 536.

CORRIAS LUCENTE G., *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2009, p. 91.

CORRIAS LUCENTE G., *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l’uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 2523.

CRESPI A., *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1147.

CUOMO L., *La Cassazione affonda la baia dei pirati*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1102.

CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1145.

CUPELLI C., *La sfida dell'intelligenza artificiale al diritto penale*, in *Sistema Penale*, 21 aprile 2023.

CURI F., *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, III ed., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 155.

D'AIETTI G., *La tutela dei programmi e dei sistemi informatici, Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 39.

D'ARCANGELO F., *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *Rivista 231*, 2017, 4, p. 21.

DE FRANCESCO G., *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2020.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011.

DE FRANCESCO G., *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 558.

DE FRANCESCO V., *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 107.

DE LIA A., *I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense*, in *Arch. pen.*, 22 luglio 2024, p. 1.

DE NATALE D., *La responsabilità dei fornitori di servizi di informazione in Internet*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri e L. Picotti, Giappichelli, Torino, 2011, p. 50.

DE PAOLIS E., *Prova scientifica e scorciatoie cognitive*, in *Arch. pen.*, 17 aprile 2025.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.

DE SIMONE G., *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2757.

DE SIMONE G., *sub art. 8 – profili sostanziali*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et al., Wolters Kluwer, Milano, p. 346.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I ed., Giappichelli, Torino, 2012.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.

DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976.

DELITALA G., *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930.

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva eventuale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976.

DELLA RAGIONE L., *La sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *il Quotidiano giuridico*, 3 aprile 2025.

DELLA VALENTINA J., *Pulvis et umbra. Il dissolvimento delle posizioni di garanzia nel diritto penale degli appalti, tra vecchie incertezze e auspici futuri*, in Aa.Vv., *Atti del convegno “La responsabilità come forma di imputazione: dolo, colpa, preterintenzione, rischio”*, Salerno, 3-4 ottobre 2025, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

DEMETRIOU C., SILKE A., *A Criminological Internet ‘Sting’. Experimental Evidence of Illegal and Deviant Visits to a Website Trap*, in *British Journal of Criminology*, 2003, 43, p. 1.

DEMURO G. P., *Il difficile cammino verso la differenziazione dei titoli di responsabilità tra i concorrenti*, in *Giur. it.*, 2024, 12, p. 2672.

DEMURO G.P., *Il dolo. II. L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010.

DEMURO G.P., *L'agente modello, alla prova della giurisprudenza*, in *Sistema Penale*, 8 luglio 2025.

DI FABIO P., *Blog, giornali on line e «obblighi facoltativi» di registrazione delle testate telematiche: tra confusione del legislatore e pericoli per la libera espressione del pensiero su Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2012, p. 1120.

DI LANDRO A., voce *Negligence*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 799.

DONINI M., *Diritto penale. Parte generale*, I, Giuffrè, Milano, 2024.

DONINI M., *Garantismo penale oggi*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2019.

DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2014, 1, p. 70.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 42.

DONINI M., *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1577.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, pt. I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 588.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, pt. II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1114.

DONINI M., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 25.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.

DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 635.

DOVERE S., *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *Reato colposo*, a cura di Donini, in *Enc. dir.*, I Tematici, II, Giuffrè, Milano, 2021, p. 579.

DSOUZA M., *Against the act/omission distinction*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2022, 73, p. 103.

DU BOIS-PEDAIN A., *Novus actus and beyond: attributing causal responsibility in the criminal courts*, in *Cambridge Law Journal*, September 2021, p. s61.

EASTWOOD L.S., *Free speech online: regulating the internet without impeding free speech*, in www.theses.gla.ac.uk, 2024.

EUSEBI L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053.

FALCINELLI D., *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche penali*, Giappichelli, Torino, 2011.

FENWICK H., *The Online Safety Act 2023: fostering democratic participation while combatting anti-democratic harms?*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2025, 76, p. 83.

FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, p. 493.

FIANDACA G., DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979.

FIANDACA G., *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2025.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385.

FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, 2, p. 27.

IORE C., IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Utet, Torino, 2016.

IORE C., *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano Editore, Napoli, 1966;
G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Cedam, Padova, 1969.

FIORINELLI G., *L'attuale ruolo del provider nella società digitale: modelli di responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 27 dicembre 2022, p. 1.

FLOR R., *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

FLORIDI L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

FLORIO M.E., *Il dibattito sulla responsabilità penale diretta delle IA: "molto rumore per nulla"?*, in *Sistema Penale*, 2024, 2, p. 5.

FOGLIA M., *Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo 2020.

FONDAROLI D., *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, p. 135.

FONDAROLI D., *La tutela penale dei «beni informatici»*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 291.

FORNARI G., DI FIORINO E., *Emissioni nocive dalla centrale di Porto Tolle: la Cassazione mette la parola fine*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 aprile 2018, p. 1.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990.

FORNASARI G., *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2004, p. 423.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.

FORZATI F., *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2015.

FRAGASSO B., *Like su Facebook ed hate crimes: note a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema Penale*, 20 maggio 2022.

FRAGASSO B., *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *Sistema Penale*, 16 ottobre 2025.

FROSINI V., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2000, p. 271.

FROSINI V., *La criminalità informatica*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 487.

FUSCO E., PALIERO C.E., *L'“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, in *Sistema Penale*, 2022, 9, p. 115.

GALDIERI P., *Il Diritto penale dell'informatica: legge, giudice e società*, Giappichelli, Torino, 2021.

GALLO M., *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano, 1950.

GALLUCCIO A., *Il piano inclinato dell'odio on line: sulla rilevanza del mero like quale condotta di propaganda o istigazione all'odio razziale, etnico o religioso*, in *For. it.*, 2022, 5, p. 330.

GALLUCCIO A., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Giuffrè, Milano, 2020.

GARGANI A., *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa University Press, Pisa, 2022.

GARGANI A., *Jus in Latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Discrimen*, 1 febbraio 2020.

GARGANI A., *Lo strano caso dell'“azione colposa seguita da omissione dolosa”*. *Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, in *Discrimen*, 18 novembre 2020.

GARGANI A., *Reati contro l'incolumità pubblica*. Tomo II. *Reati di comune pericolo mediante frode*, Giuffrè, Milano, 2013.

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio*. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 578.

GARGANI A., voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 487 ss.

GARGANI A., *I mille volti del disastro*. *Nota introduttiva*, in *Criminalia*, 2014, p. 251.

GATTA G.L., *Trattenimento nel territorio dello Stato dello straniero espulso: reato permanente o istantaneo?*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 199.

GATTA G.L., *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 novembre 2014.

GERBRANDT R.L., *Media freedom and journalist safety in the UK Online Safety Act*, in *Journal of Media Law*, 2023, 15, p. 179.

GERGEN K.J., GERGEN M.M., BARTON W.H., *Deviance in the Dark*, in *Psychology Today*, 1973, 7, p. 129.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Cedam, Padova, 1993.

GIUSTI P., *La responsabilità penale dell'intelligenza artificiale: i termini generali del problema, con particolare riguardo alle auto senza conducente*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 1356.

GLOVER J., *Causing Death and Saving Lives*, Penguin Books, London, 1977.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983.

GRASSO G., *Responsabilità dei concorrenti a titolo differenziato e l'uovo di Colombo del principio di specialità: tra dogmi antichi e nuove prospettive*, in *Sistema Penale*, 2025, 1, p. 15.

GRISOLIA G., *Il reato permanente*, Cedam, Padova, 1996.

GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2018.

GUERINI T., *Il Presidente e lo Sciamano. Riflessioni sul ruolo del diritto penale come elemento regolatore dell'infosfera*, in *Arch. pen.*, 22 febbraio 2021.

HELPER M., *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia. Nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, Cedam, Padova, 2017, p. 115.

HIGSON-BLISS L., *Legislative Comment: The Online Safety Act 2023 and the sending of threatening or false communications*, in *Statute Law Review*, 16 luglio 2025.

HONORÉ M., *'Are Omissions Less Culpable?'*, in *Essays for Patrick Atiyah*, edited by P. Cane and J. Stapleton, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1991, p. 31.

HUSAK D. N., *Philosophy of Criminal Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1987.

INGRASSIA A., *Il ruolo dell'ISP nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuribili di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 novembre 2012.

INGRASSIA A., *La Corte d'Appello assolve i manager di Google anche dall'accusa di illecito trattamento dei dati personali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 marzo 2013.

INGRASSIA A., *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2014.

INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, p. 1621.

INSOLERA G., *Altri reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera e L. Zilletti, Giuffrè, Milano, 2009, p. 273.

INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563.

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, v. *online*, p. 1.

JAISHANKAR K., *Cyber Criminology and Space Transition Theory: Contribution and Impact*, in *6th International Report on Crime Prevention and Community Safety: Preventing Cybercrime*, International Centre for the Prevention of Crime (ICPC), Montreal, 2018, p. 101.

JAISHANKAR K., *Cyber Criminology: Evolving a novel discipline with a new journal*, in *International Journal of Cyber Criminology*, 2007, 1, p. 1.

JAKOBS G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

JAKOBS G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 2012 (trad. it. di L. Cornacchia: G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017).

JONES M.W., *Regulation of Online Speech in the UK*, in *University of the Pacific Law Review*, 2024, 55, p. 261.

KALLIRIS K., *Online harm, free speech, and the 'legal but harmful' debate: an interest-based approach*, in *Journal of Media Law*, 2024, 16, p. 390.

KERR O.S., *The Problem of Perspective in Internet Law*, in *Georgetown Law Journal*, 2003, 91, p. 357.

KIRCHHEIMER O., *Criminal Omissions*, in *Harvard law review*, 1942, 4, p. 615.

LANZI M., *La responsabilità penale per le auto a guida autonoma*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 1379.

LANZI M., *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2023.

LANZI M., *Uso di strumenti a intelligenza artificiale e imputazione della responsabilità penale: difficoltà ricostruttive e prospettive di intervento*, in *Diritto di difesa*, 24 gennaio 2025.

LAPIDOT-LEFLER N., BARAK A., *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, in *Computers in Human Behavior*, 2012, 28, p. 434.

LASALVIA F.P., *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 346.

LATERZA M., *La rilevanza probatoria dei likes apposti sui messaggi di istigazione all'odio razziale*, *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1089.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999.

LEONE G., *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933.

LOMBARDI O., *Responsabilità penale dell'uomo per il danno cagionato attraverso condotte dolose e colpose nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sistema Penale*, 2024, 12, p. 57.

LOTIERZO R., *Il caso Google – Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3994.

LOTTINI, R., sub art. 8, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2007, p. 2320.

LUDEM H., *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1840.

MACRILLÒ A., *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'internet provider per il reato ex art. 167, D.Lgs. n. 196/03*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2016.

MAGRO M.B., *Il problema della responsabilità per l'uso di intelligenze artificiali*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 1232.

MANGIONE A., *Intelligenza Artificiale, attività d'impresa e diritto penale. La funzione di garanzia nell'organizzazione e dell'organizzazione per la sorveglianza dell'AI*, Giappichelli, Torino, 2024.

MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2001, p. 145 ss.

MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

MANNA A., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 2010, p. 779.

MANNA A., *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in *La responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, a cura di D. Piva, Giappichelli, Torino, 2021, p. 3.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Wolters Kluwer, Milano, 2017.

MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 299.

MANTOVANI M., *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica del diritto*, 1994, 4, p. 12.

MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bononia University Press, Bologna, 2014.

MANTOVANI M., *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in *Arch. pen.*, 15 gennaio 2020.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Utet, Torino, 1981.

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2023.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2024.

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 2025.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 385.

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971.

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3.

MASERA L., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, p. 343.

MASERA L., *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1542.

MASERA L., *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 maggio 2012.

MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, Roma, 2011.

MASUCCI M., *Sul “rischio penale” del professionista. Contributo alla teoria generale del concorso di persone*, Jovene, Napoli, 2012.

MASULLO M.N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.

MATTHEUDAKIS M.L., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1478.

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983.

MAZZEI G.M., *Appunti sulla repressione penale dei computer crimes*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, p. 706.

MCCARTHY J., *What is artificial intelligence?*, in www.formal.stanford.edu, 12 novembre 2007.

MELZI D'ERIL C., *L'applicabilità della disciplina prevista per la stampa a Internet: l'ultima puntata di una lunga storia, tra legislatore assente e giurisprudenza (molto) creativa*, in *MediaLaws*, 5 novembre 2024.

MELZI D'ERIL C., *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on line*, in *Dir. inf. e informatica* 2010, p. 899.

MELZI D'ERIL C., VIGEVANI G.E., *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 2010, p. 91.

MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1182.

MERLA F., *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso «The Pirate Bay»*, in *Dir. inf. e informatica*, 2010, p. 448.

MICHELETTI D., *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Discrimen*, 3 settembre 2018.

MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988.

MINASOLA M., *Bloggino e diffamazione: responsabilità dell'amministratore del sito per i commenti dei lettori*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, p. 1.

MINNELLA M.L., *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 febbraio 2013.

MINOTTI D., *Valutato come attivo un comportamento solo connivente*, in *GDir.*, XX, 2019, p. 91.

MIRIELLO A., *Disorientamenti sul computo della prescrizione per il disastro innominato*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 686.

MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli, p. 19.

MONGILLO V., *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 704.

MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

MOORE M.S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

MORELLI A., *Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass., Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022*, in *Arch. pen.*, 25 gennaio 2023.

MUCCIARELLI F., *sub art. 1 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 57.

MUCCIARELLI F., *sub art. 10 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 136.

- MUCCIARELLI F., *sub art. 2 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 59.
- MUCCIARELLI F., *sub art. 4 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 98.
- MUCCIARELLI F., voce *Computer (disciplina giuridica del) nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 373.
- MUSCATIELLO V.E., *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Cedam, Padova, 2002.
- MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si «duplica» nell'illecito amministrativo*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, 23, p. 8, 82.
- NARDI V., *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 marzo 2019.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965.
- NESPOR S., DE CESARIS A.L., *Internet e la legge. La persona - La proprietà intellettuale. Il commercio elettronico – Gli aspetti penalistici*, Hoepli, Milano, 2001.
- NIETO MARTÍN A., *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *Sistema Penale*, 2022, 10, p. 47.
- NUSSBAUM M., *Die Beleidigung innerhalb sozialer Netzwerke – Zum Verhältnis von Äußerung und Weiterverbreitung ehrverletzender Werturteile de lege lata und lege ferenda*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, 4, p. 215.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, Padova, 1982.
- ORENGO CASTELLÁ V., ZORNOZA ABAD A.M., PRIETO ALONSO F., PEIRÓ SILLA J.M., *The influence of familiarity among group members, group atmosphere and assertiveness on uninhibited behavior through three different communication media*, in *Computers in Human Behavior*, 2000, 16, p. 141.
- ORLANDI R., *Sviamento del decorso causale e imputazione del reato*, in *Leg. pen.*, 26 novembre 2024.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2019.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527.
- PADOVANI T., *Il momento consumativo nei reati commessi col mezzo della stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 800.

PAGELLA C., *La Cassazione sulla responsabilità del blogger per contenuti diffamatori (commenti) pubblicati da terzi*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2019.

PAGELLA C., *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di “cosa mobile” oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in *Sistema Penale*, 4 marzo 2021.

PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2007.

PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 779.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2020.

PALAVERA R., *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *DSL*, 2023, p. 68.

PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giappichelli, Torino, 2024.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2016.

PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430.

PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821.

PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *Colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2006, 3, p. 167.

PALIERO C.E., *Struttura e funzione della fattispecie penale*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2024, p. 62.

PALIERO C.E., voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, in *Enc. dir., I Tematici*, II, Milano, Giuffrè, 2021, p. 64.

PALMA A., (nota a Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012), in *Studium iuris*, 2012, p. 1179.

PANATTONI B., *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 2, p. 33;

PANATTONI B., *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, in *Sistema Penale*, 2020, 5, p. 303.

PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: Obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 maggio 2018, p. 249.

PANATTONI B., *L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto penale dell'informatica. Verso nuovi modelli di responsabilità penale*, Tesi di dottorato in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università di Verona, 2022.

PAOLI M., *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1794.

PAPA A., *"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2017.

PARKER D.B., *Crime by computer*, Charles Scribner's Sons, New York, 1976.

PECORARO-ALBANI A., *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 394.

PECORELLA C., *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2000.

PECORELLA C., *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2006 (rist. con agg.).

PECORELLA C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, IPSOA, Milano, 2002, p. 65.

PECORELLA C., voce *Reati informatici*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, p. 707.

PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265.

PELISSERO M., *Condotta ed evento*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 215.

PELISSERO M., SCAROINA E., NAPOLEONI V., *Principi generali*, in G. Lattanzi, P. Severino, *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2020, p. 71.

PELLOSO D., *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa*, in *Rivista 231*, ottobre 2007.

PELLOSO D., *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*, in *Rivista 231*, agosto 2007.

PERRONE G., *Crimini online come risultato di un sistema di interconnessione digitale. Una riflessione cyber criminologica*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2021, 3, p. 239.

PETRINI D., *Dolo*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 365.

PETRINI D., *Il direttore della testata telematica, tra horror vacui e prospettive di riforma; sperando che nulla cambi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1611 ss.

PETRINI D., *La responsabilità penale per i reati via internet*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2004.

PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, I ed. Cedam, Padova, 1944.

PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, II ed., Jovene, Napoli, 1955.

PEZZANO G., BUONGIORNO A., *Profili di criticità del nuovo art. 174-sexies Legge n. 633/1941 in relazione al D. Lgs. n. 231/2001*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4 novembre 2024.

PEZZELLA V., *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, UTET, Milano, 2020.

PICA G., voce *Internet*, in *Dig. disc. pen.*, 2004, v. *online*, p. 1.

PICOTTI L., *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palinogenesi?*, in *Sistema Penale*, 31 luglio 2024, p. 1.

PICOTTI L., *Commento art. 600 ter, III comma, c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, IV, Cedam, Padova, 2004, p. 175.

PICOTTI L., *Cybercrime e diritto penale*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Prodi, V. Sellaroli, Giuffrè, Milano, 2020, p. 709.

PICOTTI L., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I ed., Utet, Milano, 2019, p. 35.

PICOTTI L., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II ed., Utet, Milano, 2023, p. 31.

PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei services providers in internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 379.

PICOTTI L., *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 501.

PICOTTI L., *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2013, p. 29.

PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 1999, 2, p. 283.

PICOTTI L., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Dir. inf. e informatica*, 1999, p. 283.

PICOTTI L., *Reati informatici, riservatezza, identità digitale*, in *Documenti per il VII Congresso - La riforma dei reati contro la persona, 7° gruppo - Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica*, p. 1.

PICOTTI L., *sub art. 3 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 62.

PICOTTI L., *sub art. 5 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 109.

PICOTTI L., *sub art. 7 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 125 ss.

PICOTTI L., *sub art. 8 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 129.

PIERGALLINI C., *Fatto tipico colposo*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Giappichelli, Torino, 2024, p. 285.

PIERGALLINI C., *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato'?*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1745.

PIERGALLINI C., *Trattamento illecito di dati personali*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 336.

PIERGALLINI C., *Una sentenza «modello» della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda «Impregilo»*, in *Sistema Penale*, 27 giugno 2022.

PIERGALLINI F., *Il «caso Ciontoli/Vannini»: un enigma ermeneutico 'multichoice'*, in *Discrimen*, 25 giugno 2020.

PIETRELLA T., *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, in *Sistema Penale*, 2023, 10, p. 5.

PIETRELLA T., *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle botnets*, in *Discrimen*, 2 dicembre 2021.

PISA I., *Profili di responsabilità penale del direttore di periodici telematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 457.

PISANI N., *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Jovene, Napoli, 2012.

PISANI N., *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5, p. 651 ss.

PISANI N., *La nozione di “cosa mobile” agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all’applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5, p. 651.

PIVA D., *Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Giappichelli, Torino, 2023, p. 681.

POGGI D’ANGELO M., (nota a Cass., sez. I, 19.11.2014, n. 7941), in *Cass. pen.*, 2015, p. 2619.

POLI P.F., *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Giuffrè, Milano, 2021.

PRANDI S., *L’inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 1035.

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993.

PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021.

PULITANÒ D., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, p. 953.

PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.

PULITANÒ D., voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, 1970, p. 23.

QUARANTA D., *Il problema non è la caduta (della valanga), ma l’atterraggio (del sistema di prevenzione): la Cassazione sul disastro di Rigopiano, tra gestione (anticipata) del rischio ed esigibilità della condotta doverosa*, in *Sistema Penale*, 2025, 5, p. 49.

RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, J. Guttentag, Berlin, 1903.

RAFFONE F., *La responsabilità dei membri del collegio sindacale tra civile e penale: questioni aperte alla luce della riforma dell’art. 2407 c.c.*, in *DPEI*, 2025, 1, p. 5.

RAGNO G., *I reati permanenti*, Giuffrè, Milano, 1960.

RAMPIONI R., *Contributo alla teoria del reato permanente*, Cedam, Padova, 1988.

RANGHINO A., *La Corte ribadisce che la tutela nei confronti del sequestro di cui all’art. 21 c. 3 Cost. si applica solo ai giornali telematici registrati*, in *MediaLaws*, 28 gennaio 2022.

RENZETTI S., *Epilogo della «saga Impregilo»: verso la realizzazione di un «sistema integrato» di responsabilità da reato degli enti*, in *Giur. comm.*, 2023, p. 109.

RESTA F., *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google-Vivi Down*, in *Dir. inf. e informatica*, 2013, p. 502.

RICE R. E., LOVE G., *Electronic emotion: Socioemotional content in a computer-mediated communication network*, in *Communication Research*, 1987,14, p. 85.

RINALDI R., PICOTTI L., *sub art. 6 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 118.

RINALDI R., *sub art. 9 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 134.

RINCEANU J., *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sistema Penale*, 11 marzo 2021.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001.

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007.

ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2016.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, II ed., Giuffrè, Milano, 1995.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., Giuffrè, Milano, 2004.

ROMANO M., *Questioni problematiche in materia di concorso di persone nel delitto di diffamazione a mezzo internet*, in *Pen. dir. proc.*, 25 maggio 2023.

ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 865.

ROSSI F., *Appunti sul tema dell'ignoranza deliberata: una "dottrina" adattabile all'ordinamento italiano?*, in *Pen. dir. proc.*, 11 novembre 2025.

ROSSI F., *Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in *Leg. pen.*, 27 settembre 2022.

ROXIN C., GRECO L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, München, 2020.

ROXIN C., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 83.

RUGA RIVA C., *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 149 ss.

RUGGIERO F., *Individuazione nel ciberspazio del soggetto penalmente responsabile e ruolo dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2001, p. 586.

RUGGIERO G., *Appunti sul processo ambiente svenduto*, in *Sistema Penale*, 20 dicembre 2023.

RUTA G., *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, in *Criminalia*, 2014, p. 293.

SALVADORI I., *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 83.

SALVADORI I., *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1069.

SALVADORI I., *La normativa penale della stampa non è applicabile, de jure condito, ai giornali telematici*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2982.

SANTA MARIA L., *Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, p. 74.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955.

SANTORIELLO C., *Responsabilità da reato degli enti: problemi e prassi*, Giuffrè, Milano, 2023.

SAVARINO A., *Danni lungo-latenti e responsabilità penale. Modelli di imputazione e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, Torino, 2025.

SCARCELLA A., *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, p. 556.

SCAROINA E., *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, p. 877.

ȘCHEAU M.C., ARSENE A.L., POPESCU G., *Artificial Intelligence / Machine Learning. Challenges and Evolution*, in *International Journal of Information Security and Cybercrime*, 2018, 1, p. 11.

SCHMIDT H., *The online safety act 2023*, in *Journal of media law*, 2024, 16, p. 202.

SCOLETTA M., *sub art. 6 – profili penalistici*, in *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo et al., Wolters Kluwer, Milano, 2024, p. 131.

- SCOPINARO L., *Internet e reati contro il patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2007.
- SELLAROLI V., *Presupposti e criteri di imputabilità del blogger per commenti diffamatori postati dagli utenti*, in *Il penalista*, 14 maggio 2019.
- SELVAGGI N., *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato". La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 89 ss.
- SEMINARA S., *La pirateria su internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1-2, p. 71.
- SEMINARA S., *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. dell'inf. e dell'informatica*, 1998, p. 745.
- SEMINARA S., voce *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 567.
- SGUBBI F., *Parere pro-veritate*, in *Dir. inf. e informatica*, 2009, p. 745.
- SICCARDI C., *La "Loi Avia". La legge francese contro l'odio on line (o quello che ne rimane)*, in *La Costituzione non odia: conoscere, prevenire, contrastare l'hate speech on line*, a cura di M. D'Amico, C. Siccardi, Giappichelli, Torino, 2021, p. 167.
- SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 3, p. 743.
- SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. II. Le nuove sfide di Internet - seguito e conclusione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1193.
- SIMESTER A.P., *Fundamentals of criminal law: responsibility, culpability, and wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- SPAGNOLETTI V., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in internet*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1922.
- SPINA M., *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen.*, 16 ottobre 2020.
- SPINOSA V., *Nella Baia dei Pirati: l'arrembaggio al diritto d'autore su Internet*, in *La giustizia penale nella "rete" Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*, a cura di R. Flor, D. Falcinelli, S. Marcolini, DIPLAP, Milano, 2015, p. 59.
- STARK F., *In praise of Rose*, in *Archbold review*, 2019, 8, p. 7.
- STARK F., *Omissions, non-interventions and causation: Andrew Simester's account*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2025, p. 108.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, Giuffrè, Milano, 1973.

STORTONI L., *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313.

STORTONI L., TASSINARI L., *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, p. 7.

SULER J., *The Online Disinhibition Effect*, in *Cyberpsychology & Behavior*, Vol. VII, 2004, 3, p. 321.

SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2013.

SUMMERER K., *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, in *Casi di diritto penale dell'economia*, a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 177.

SUMMERER K., *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Giappichelli, Torino, 2024.

TAVASSI LA GRECA F., *Hacking e criminalità informatica*, in *Adir-L'altro diritto*, 2003.

TORDINI CAGLI S., *I delitti di comune pericolo*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 275.

TORDINI CAGLI S., *I soggetti responsabili*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 75.

TORRE V., *Sulla responsabilità penale del service provider e la definizione del comportamento esigibile alla luce delle norme contro la pedopornografia*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Cedam, Padova, 2013, p. 163.

TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a venti anni dalla sua comparsa*, in *La responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, a cura di D. Piva, Giappichelli, Torino, 2021, p. 230.

TRONCONE P., *Il caso Google (e non solo), il trattamento dei dati personali e i controversi requisiti di rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2060.

TURCHETTI L., *La descrizione dell'evento nel giudizio di prevedibilità: importanti puntualizzazioni dalla Corte di Cassazione. Considerazioni a margine di Cass., Sez. IV, 7 maggio 2024, n. 30616 (dep. 26 luglio 2024)*, in *DPEI*, 7 gennaio 2025, §§ 6 ss.

UGOCCIONI L., *sub art. 11 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 140.

UGOCCIONI L., *sub art. 12 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 144.

UGOCCIONI L., *sub art. 13 l. 547 del 1993*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 147.

VALENTINI V., *Domatori del rischio extra-aziendale e diritto penale degli appalti. Le virtù selettive della imputazione (di eventi) per competenza (del risk management)*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2025.

VALENTINI V., *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, in *Discrimen*, 7 aprile 2020, p. 1.

VALLINI A., *“Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte. Per una collocazione dell’art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità “scientifica”*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2012.

VALLINI A., *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d’antico*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1537.

VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469.

VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Athenaeum, Roma, 1916.

VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova, 2003.

VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015.

VENTUROLI M., *Il caso Eternit: l’inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i “disastri ambientali”*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1219.

VIGANÒ F., *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema Penale*, 13 marzo 2023.

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679.

VIGEVANI G.E., *La «sentenza figlia» sul direttore del giornale telematico: il caso Hamaui*, in *Dir. inf. e informatica*, 2011, pp. 798 ss.

VIMERCATI S., *Il revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, in *MediaLaws*, 25 giugno 2018.

VIMERCATI S., *La Cassazione conferma l’inestensibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati n tema di sequestro*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015.

VIMERCATI S., *La Corte di Strasburgo torna sulla responsabilità del gestore del sito: il caso Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*, in *MediaLaws*, 11 ottobre 2017.

VIMERCATI S., *La responsabilità del gestore del sito per i contenuti pubblicati da soggetti terzi*, in *MediaLaws*, 2021, p. 247.

WELZEL H., *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, J.C.B. <MohrPaul Siebeck>, Tübingen, 1949.

ZAMPETTI P.L., *Il finalismo nel diritto. Verso una concezione personalistica dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1969.

ZANNOTTI C., *Appropriazione indebita di files? Il file, come l'aria, è un bene immateriale che può essere concretizzato solo attraverso un supporto*, in *Sic. e giust.*, 2020, p. 36.

ZENO-ZENCOVICH V., *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf. e informatica*, 1999, p. 1049.

ZENO-ZENCOVICH V., *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso «Internet»*, in *Dir. inf. e informatica*, 1996, p. 640.

ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018.

ZIRULIA S., *Caso Eternit: luci e ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 470.

ZIRULIA S., *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2013.