

PROCURA REPUBBLICA
TRIBUNALE MILANO

10 OTTOBRE 2008

P.M.: CAIVANO

PARTI: DRUMMOND ET. AL.

Telematica • Diffusione
video • Diffamazione
• Vertici di Google
• Concorso omissivo
• Imputazione • Privacy
• Diffusione video
• Violazione art. 13, 23 e

17 T.U. • Vertici di Google
• Imputazione

Rinvio a giudizio dei vertici di Google per concorso omissivo nel reato di diffamazione e per violazione della normativa sulla privacy.

Il Pubblico Ministero

visti gli atti del procedimento penale indicato in epigrafe, iscritto il 24 novembre 2006 nei confronti di:

— Drummond David Cari nato il 6 marzo 1963 a Forty Riley (Stati Uniti) ivi residente, elettivamente domiciliato in Italia presso lo studio del difensore di fiducia avv. Giuseppe Vaciago in Milano - Viale Bianca Maria n. 33.

difeso di fiducia dall'avv. Giuseppe Vaciago del foro di Milano con studio in Milano - Viale Bianca Maria n. 33.

— De Los Reyes George nato il 2 maggio 1954 a La Havana (Cuba) ivi residente, elettivamente domiciliato in Italia presso lo studio del difensore di fiducia avv. Giuseppe Vaciago in Milano - Viale Bianca Maria n. 33

difeso di fiducia dall'avv. Giuseppe Vaciago del foro di Milano con studio in Milano - Viale Bianca Maria n. 33.

Fleischer Peter Andrew nato il 9 dicembre 1963 a Illinois (Stati Uniti) ivi residente, elettivamente domiciliato in Italia presso lo studio dei difensori di fiducia avv.ti Marina Vaciago e Giuseppe Vaciago in Milano - Viale Bianca Maria n. 33.

difeso di fiducia dagli avv.ti Marina Vaciago e Giuseppe Vaciago del foro di Milano entrambi con studio in Milano - Viale Bianca Maria n. 33.

Arvind Desikan nato il 23 ottobre 1974 a Madras (India) ivi residente, elettivamente domiciliato in Italia presso lo studio del difensore di fiducia avv. Giuliano Pisapia in Milano - Via Fontana n. 22.

difeso di fiducia dall'avv. Giuliano Pisapia del foro di Milano con studio in Milano - Via Fontana n. 22.

Arora Nikesh nato il 9 febbraio 1968 a Ghaziabad (India) ivi residente, elettivamente domiciliato in Italia presso lo studio del difensore di fiducia avv. Giuliano Pisapia in Milano - Via Fontana n. 22.

difeso di fiducia dall'avv. Giuliano Pisapia del foro di Milano con studio in Milano - Via Fontana n. 22.

Imputati

Drummond David Carl

De Los Reyes George

Fleischer Peter

Desikan Arvind

A) per i reati di cui agli artt. 110, 40 comma 2, 595 comma I e 3 c.p. perché, in concorso tra loro

Drummond David Carl - Presidente del Consiglio di Amministrazione di *Google Italy s.r.l.* dal 19 marzo 2004 e successivamente nominato amministratore delegato in data 2 aprile 2004 (fino al 21 maggio 2007),

De Los Reyes George - membro del Consiglio di Amministrazione di *Google Italy s.r.l.* dal 19 marzo 2004, e successivamente nominato amministratore delegato in data 2 aprile 2004 (fino al 21 maggio 2007).

Fleischer Peter - responsabile delle *policy* sulla *privacy* per l'Europa (*Global Privacy Counsel*) di *Google Inc.*,

Desikan Arvind - responsabile del progetto *Google Video* per l'Europa, offendevano la reputazione dell'Associazione *Vivi Down* - Associazione italiana per la ricerca scientifica e per la tutela della persona *Down* nonché consentendo che venisse immesso per la successiva diffusione a mezzo internet, 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 mò 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, ledevano i diritti e le libertà fondamentali nonché la dignità degli interessati.

In Milano, in epoca immediatamente successiva all'8 settembre 2006 (data del *video upload*) e fino al 7 novembre 2006 (data della rimozione del video).

Obbligo giuridico ex art. 40 comma 2 così individuato: omettevano — ciascuno nella rispettiva qualità — il corretto trattamento di dati personali come prescritto dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (e altresì più volte sollecitato dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, dopo la conclusione del procedimento di cui al successivo capo C, in data 22 marzo 2006, 9 maggio 2006 e 3 luglio 2006) ed in particolare:

— dall'art. 13, difettando del tutto l'informativa sulla *privacy* — visualizzabile in italiano dalla pagina iniziale, del servizio *Google video*, in sede di attivazione del relativo *account* al fine di porre in essere l'*upload* dei *files* — in ordine a quanto prescritto dal comma 1 della richiamata norma e, per essa, del valido consenso di cui all'art. 23 comma 3,

— dall'art. 26, riguardando altresì dati idonei a rivelare lo stato di salute della persona inquadrata,

— dall'art. 17, per i rischi specifici insiti nel tipo di trattamento omezzo nell'ipotesi di cui al presente procedimento, non attivandosi *Google Italy s.r.l.* neppure in tal senso — tramite il prescritto interpello — presso l'Autorità Garante.

Trattamento omezzo — anche in relazione alle concrete misure organizzative da apprestare, idonee alla sua successiva attuazione — fin dalla fase antecedente alla effettiva localizzazione del servizio *Google Video* sulla pagina <http://video.google.it> (di fatto avvenuta in data 12 luglio 2006), non avendo né i due rappresentanti legali di *Google Italy s.r.l.*, né il responsabile del progetto *Google Video* (durante le numerose *conference-call* per la definizione delle modalità operative con il personale di *Google Italy s.r.l.* assegnato al progetto) né tantomeno il *Global Privacy Counsel* di *Google Inc.* affrontato la problematica relativa alla protezione dei dati personali che sarebbero stati trattati in relazione a *Google Video*, che invece veniva volutamente lanciato come servizio di « libero accesso » dopo una attenta analisi del mercato italiano (confluita nel documento « *Google video: preliminary analysis of Italian market peculiarities* » — redatto, su indicazione del Desikan, dal personale di *Google Italy s.r.l.* assegnato al progetto *Google Video* — nel quale la consolidata presenza

di siti internet italiani che offrivano esclusivamente video di qualità veniva indicata come punto di criticità per diventare *leader* nel mercato dei video *on line*).

Drummond David Carl
De Los Reyes George
Fleischer Peter

B) per il reato di cui agli artt. 110, 167 comma 1 e 2 D.Lgs. 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 degli inserzionisti), procedevano al trattamento dei dati personali in violazione agli artt. 23, 17 e 26 stesso D.Lgs., con relativo documento per la persona interessata.

In Milano, 8 settembre 2006 (date del *video upload*).
Arora Nikesh

C) per il reato di cui all'art. 168 D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 perché, in un atto successivamente esibito in un procedimento di fronte all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (procura speciale datata 14 novembre 2005 e depositata il 16 novembre 2005), dichiarava falsamente di essere — nel testo inglese — « *rappresentante debitamente autorizzato* » e — nel testo in italiano — « *legale rappresentante* » di *Google Italy s.r.l.*, così radicando la legittimazione processuale della richiamata s.r.l. (resistente in giudizio) nella controversia *Google Italy s.r.l.* (ricorso deciso con provvedimento del 18 gennaio 2006).

In Milano e altrove, il 14 novembre 2005.

**LA PRETESA
RESPONSABILITÀ PENALE
DEGLI INTERMEDIARI
DI CONTENUTI
SU INTERNET**

L'avvento di Internet era stato accolto con estremo favore dalla giurisprudenza americana e dalla società; vi si ravvisava uno spazio di libertà di espressione che avrebbe eliminato le barriere socio economiche proprie dei media tradizionali e consentito comunicazioni internazionali fra gruppi indefiniti di soggetti, nonché il libero accesso alle in-

formazioni. Così si esprimeva la Corte Federale Statunitense: « è il mercato più partecipativo delle comunicazioni che il mondo abbia mai visto¹ ».

L'esperienza ha segnalato le capacità criminogene del web, soprattutto nei settori della violazione del diritto di autore, della pedopornografia e nella realizzazione di reati informatici (ad esempio, la maggiore facilità dell'accesso abusivo o la trasmissione di virus). Nelle materie che appari-

¹ Corte Fed. USA, 11 giugno 1996, in questa *Rivista*, 1996, 638.

vano più esposte alle aggressioni attraverso Internet sono state, dunque, introdotte specifiche norme incriminatrici nelle quali la telematica è espressamente indicata quale mezzo di commissione del reato.

Nonostante la quantità degli interventi normativi riguardanti il web, la diffamazione è rimasta inalterata e nessuna novazione legislativa è intervenuta a regolare il settore.

Apparivano sufficienti le norme comuni sull'ingiuria e la diffamazione per reprimere condotte offensive attuate attraverso i sistemi telematici. È evidente che, in questi casi, si imponeva l'identificazione dell'autore dell'offesa, ossia del testo o del prodotto lesivo.

Senonché il provvedimento in esame si discosta profondamente da questa semplice impostazione. A quanto consta, è il primo caso in cui viene riferito il reato di diffamazione ed il correlato delitto d'illecito trattamento di dati personali alle cariche di vertice di un service provider ed, in particolare, di un server specifico come Google che presenta peculiarità non indifferenti. È noto, infatti, che Google opera quale *user generated content aggregator service provider*, ossia non produce i contenuti, ma si limita ad ospitare contenuti inseriti da terzi attraverso link tra vari domini. È in questo settore di attività che si colloca il caso che ha determinato l'incriminazione dei vertici di Google Italia.

Il fatto è stato ripreso dalla stampa: si tratta delle violenze perpetrate all'interno di un istituto scolastico a carico di uno studente disabile; ripresa l'aggressione è stata inserita su You Tube per renderla accessibile ad un vasto pubblico. Nel corso della violenza, gli autori (autonomamente perseguiti) pronunciavano una frase ritenuta offensiva dall'associazione Vividown che ha proposta querela e denuncia nei confronti di Google, ritenendo il provider direttamente responsabile della diffusione del filmato in Internet.

2. Le doglianze sollevate dall'associazione sono state riprese dalla Procura di Milano e tradotte in un decreto di citazione a giudizio, destinato a trasformarsi in leading case, che perciò merita la massima attenzione.

Il decreto della Procura milanese allestisce un'accusa complessa, articolata, ma che ad un attento esame rivela fragilità difficilmente superabili. Sottopone al Tribunale ben tre capi d'imputazione:

a) il primo consiste nel reato di diffamazione in forma omissiva ed in danno dell'associazione Vividown attribuito al Presidente di Google Italy s.r.l., al membro del Consiglio, al responsabile della sicurezza ed al responsabile del progetto Google video s.r.l, per la divulgazione del filmato;

b) il secondo capo di accusa, riferisce, alle prime tre cariche indicate, il delitto di illecito trattamento di dati personali;

c) infine, il terzo capo attribuisce ad un soggetto il reato di falsa informativa al Garante, perché in un atto esibito dinanzi all'Autorità, si sarebbe erroneamente qualificato «legale rappresentante» di Google Italy, mentre nel testo inglese si qualificava letteralmente: «rappresentante debitamente autorizzato» (di quest'ultima accusa non mi occuperò, dipendendo da evenienze fenomeniche che non possono essere ricostruite attraverso il decreto di citazione).

Come si può rilevare l'apparato d'accusa si scinde in tre parti, la più rilevante delle quali è certamente rappresentata dalla diffamazione, unitamente alla diretta attribuzione del reato di trattamento illecito di dati personali.

Va rilevato che, mentre la seconda ipotesi accusatoria è costruita in forma semplice, la prima è sofisticata al punto da meritare attento vaglio.

3. Il perno delle accuse risiede, comunque, nell'attribuzione alle maggiori cariche di Google Italy s.r.l. di responsabilità dirette (ed in diversa forma omissiva o commissiva) per contenuti da terzi immessi e diffusi attraverso il server. A fronte della delineata struttura di Google e della sua organizzazione, colpisce che i reati ascritti agli imputati abbiano natura dolosa.

Impressionano: l'attribuzione ai vertici sociali di responsabilità per i contenuti di un video immesso in Italia a fronte della gigantesca quantità di dati contenuti e diffusi da Google e la pretesa sottostante l'accusa che le maggiori cariche ne fossero o dovessero esserne al corrente ed avessero la concreta possibilità di rimuovere il dato, rendendosi conto della sua natura illecita.

Le forme giuridiche della struttura di tale accusa sono differenti, ma non sfugge una certa comunanza con la stampa e la responsabilità del direttore per il reato commesso attraverso la pubblicazione, qualificato dall'art. 57 codice penale, espressamente a mero titolo di colpa. La suggestione appare particolarmente evidente ed, al contempo, marcate le differenze e le distanze dal capo a) della rubrica del decreto commentato.

È forse opportuno esaminare prima l'accusa di diffamazione strutturata in forma più complessa. Ogni termine dell'imputazione acquista significato nella analisi.

Innanzitutto, la serie di articoli violati: 110, 40 e 595, co. 1 e 3 cod. pen., postulano un concorso omissivo in diffamazione attuata da terzi con un mezzo di pubblicità. L'art. 40 capoverso del codice penale si rivela lo strumento normativo che costituisce il perno per trasferire ai vertici le accuse. Infatti, l'imputazione sinteticamente tradotta ipotizza che sia stato violato un obbligo giuridico di impedire un evento, in questo caso il reato di diffamazione attuato da parte degli autori del video e dai responsabili della sua immissione in rete. È noto che l'art. 40 capoverso, limitandosi ad introdurre l'equivalenza tra la causalità commissiva e quella omissiva, assume quale sfondo psicologico il medesimo elemento (dolo o colpa) che appartiene all'evento (o reato) da evitare; in questo caso, concerne un reato doloso. La norma utilizzata (soprattutto nel settore delle società commerciali e della bancarotta fraudolenta) ma obbedisce a precise e determinate regole, ormai ricostruite dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Le condizioni per l'applicazione dell'art. 40 capoverso sono molteplici e possono essere in breve sintetizzate:

— in primo luogo, occorre una norma giuridica che imponga l'obbligo di evitare l'evento in capo a soggetti determinati²;

— questa norma deve avere il carattere della specificità, nel senso che l'evento da impedire deve essere identificato esattamente con quello che compone il reato ascritto³;

² In argomento, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 129, e F. SCUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 187.

³ Adesivamente, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2003, 259; nonché F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1988, 188, ss.

— secondo la migliore dottrina l'art. 40 capoverso è compatibile soltanto con i reati causalmente orientati, ossia di evento a forma libera, e non con quelli di mera condotta⁴;

— infine, l'omissione deve essere sorretta dal medesimo elemento psicologico che appartiene al reato; nel caso della diffamazione si tratta — come già riferito — del dolo⁵.

La difficoltà di trasferire nella materia che interessa siffatta forma di responsabilità traspare evidente dal capo d'imputazione.

In primo luogo, dall'identificazione delle norme di obbligo. L'accusa ne enuncia tre, appartenenti al Codice della privacy: l'art. 13, l'art. 26 e l'art. 17.

La prima obiezione che sorge naturale è che nessuna di queste norme tende ad evitare lo specifico evento — offesa alla reputazione — in cui consiste il reato diffamazione e, dunque, già sotto questo primo profilo, le norme premesse appaiono divaganti ed insufficienti a costituire un obbligo normativo d'impedimento dello specifico evento (reato) in capo agli imputati. Le tre norme, infatti, regolano il trattamento dei dati personali a tutela della riservatezza delle persone, bene giuridico notoriamente distinto dalla reputazione e dall'onore. Da un canto, dunque, non impongono alcun obbligo giuridico di impedire il reato ascritto; dall'altro difettano del carattere della specificità: nel senso che le regole imposte dalle tre norme sono dettate per evitare la lesione di beni e reati diversi da quelli contestati.

Né si intende a quale scopo la contestazione citi provvedimenti del Garante, almeno uno dei quali, ad esempio, riguarda il soggetto esterno o naturale, competente a rimuovere dati dal sito, una volta ricevuta la diffida. La fattispecie infatti appare del tutto eccentrica rispetto al caso in esame.

Peraltro, ne è dubbia la corretta citazione, ossia la specificità — come meglio si considererà nel seguito —: l'art. 13 richiede l'informativa all'interessato per il trattamento dei dati personali, e riesce complesso intendere quale sia il dato di cui la persona offesa doveva essere notiziata; l'art. 26 riguarda i dati sensibili attinenti alla salute e potrebbe essere citato correttamente se la vittima della diffamazione fosse il minore aggredito e non l'associazione tutoria; l'art. 17 prescrive l'informativa al Garante per il trattamento che presenta rischi specifici ed, anche in questa ipotesi, non si intende come si realizzi la fattispecie in relazione alla persona offesa.

La terza condizione è dibattuta (e spesso non condivisa dalla giurisprudenza), ma appare convincente la dottrina che la enuncia. L'art. 40 capoverso è norma che può adattarsi soltanto ai reati di evento causalmente orientati, perché alla condotta in forma libera può sostituirsi la mera omissione tramite il meccanismo della violazione dell'obbligo d'impedimento dell'evento. È alquanto dubbio che siffatto strumentario possa trasferirsi dai reati di omicidio o lesioni (tipica espressione di

⁴ Si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2007, 586.

⁵ Circa la ricostruzione dell'elemento

soggettivo nei reati omissivi, oltre la manualistica, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Cedam, 1988, 999; anche LATTANZI-LUPO, *Codice Penale*, Giuffrè, 2000, 271, ss.

reato a forma libera) alla diffamazione che delinea una condotta, ma non l'evento.

Infine — e questa appare la obiezione dirimente — è necessario che l'omissione sia deliberata, ciò che presuppone la consapevolezza della situazione di pericolo per il bene, la decisione di non intervenire e soprattutto la concreta possibilità di operare per eliminare la situazione di rischio.

Conoscendo la mole dei dati immessi in Google e in You Tube (che funge da strumento di aggregazione mediata di altri prodotti) appare impossibile affermare che i vertici fossero consapevoli della presenza del video offensivo nel loro dominio, in assenza di una norma che imponga al service provider di controllare la liceità dei dati immessi da altri nel proprio sito e nell'evidente inesigibilità della pretesa verifica.

I semplici enunciati meritano di essere più approfonditamente svolti, in quanto sono stato oggetto di un'attenta analisi dottrinarina.

Non è, innanzitutto, prevista una posizione di garanzia per il service provider da alcuna norma dell'ordinamento. Questa non paia una lacuna inavvertita, è, infatti, da tempo che la dottrina ritiene inesigibile il controllo del service provider sui contenuti immessi nel web da terzi⁶. Due ragioni sorreggono le sviluppate posizioni dottrinarie: la prima l'ampia mole dei contenuti, la seconda la variabilità degli stessi (chi ha immesso un dato può modificarlo anche più volte). Nessun soggetto umano è, dunque, nelle concrete condizioni di controllare tutti i contenuti immessi in Google e verificarne la liceità.

L'assunto dottrinario è del resto sorretto da una specifica normativa — per il vero destinata a disciplinare altra materia: l'e-commerce — ma facilmente trasponibile al caso che interessa. Il D.Lgs. n. 70 del 2003⁷, « Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione nel mercato interno con particolare riferimento al commercio elettronico », prevede ben tre figure di providers: l'art. 14 delinea la responsabilità (contrattuale) per la « mere conduit » od attività di semplice trasporto; l'art. 15 per l'attività di « caching » o di memorizzazione temporanea; l'art. 16 per « l'hosting » o memorizzazione d'informazione. In quest'ultima fattispecie, che meglio si riferisce all'attività di Google, la responsabilità (contrattuale) è collegata a specifici e determinati requisiti; segnatamente: « Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita 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;

⁶ A tali conclusioni perviene, sulla scorta di acute osservazioni, SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, in *Riv. trim. dir. penale*, 1997, in particolare 1206 ss.

⁷ Per un esauriente commento alla disciplina, ROSSELLO-TOSI-FINOCCHIARO, *Commercio elettronico, documento elettronico e firma digitale*, Giappichelli, 2003.

b) non appena a conoscenza di tali atti, su comunicazione delle autorità competenti agisca egli stesso per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso.

Va rimarcato che, secondo tutti i commentatori, l'art. 14 pretende quella figura di consapevolezza nel sistema anglossasone definita « actual knowledge », una sorta di dolo diretto, in difetto della quale non è ipotizzabile alcuna responsabilità, neanche in sede civile. Né può ritenersi che il caso appartenga alla seconda ipotesi formulata dalla lett. b): se una comunicazione dell'Autorità vi fosse stata, l'accusa sarebbe stata costruita diversamente.

Invece, il ricorso allo strumentario dell'art. 40 capoverso rende gli imputati concorrenti nello stesso reato commesso dai diretti autori, per aver fornito ulteriore divulgazione all'offesa da loro perpetrata, non rimuovendo i contenuti illeciti dopo un controllo di tutto il materiale presente nel dominio. Diversamente ove la responsabilità fosse stata ravvisata nella successiva consapevolezza, la condotta sarebbe stata delineata come commissiva ed autonoma da quella dei produttori di contenuti e consistente nell'aver consentito deliberatamente la permanenza del materiale illecito nel sito, senza aver dall'origine concorso nella sua divulgazione e nel non aver ottemperata nella comunicazione dell'Autorità, con l'invito a rimuovere lo specifico materiale illecito.

4. Orbene, appare che la costruzione dell'accusa si sia ispirata alla legislazione sulla stampa e sulla radiotelevisione ed in particolare alle due norme: l'art. 57 cod. pen e l'art. 30, co. 3 della legge Mammì (sopravvissuto al nuovo T.U. della televisione digitale) pur consapevole dell'inapplicabilità alla telematica di tali fattispecie.

Va ricordato che entrambi — l'art. 30 è stato costruito come parallelo dell'art. 57 a colmare parzialmente un vuoto di tutela prima esistente — sono reati omissivi, specificamente previsti, che rendono un soggetto (il direttore responsabile, il concessionario o delegato al controllo della trasmissione) garanti del contenuto lecito dei loro prodotti. Fin dal 1930, tuttavia, si è resa necessaria l'introduzione di una fattispecie ad hoc (art. 57 c.p.) per imporre l'obbligo di controllo e di impedimento di eventi reato tramite le pubblicazioni. Tale necessità è un potente segnale che, in difetto di una norma specifica, il sistema non contiene l'imposizione di obblighi analoghi su soggetti in posizione di vertice nel mondo dei media.

Si consideri, poi, che la responsabilità, almeno nominalmente, è di natura colposa (tale l'interpretazione corrente dell'inciso « a titolo di colpa » inserito dopo un intervento della Corte costituzionale diretto ad espungere ipotesi di responsabilità oggettiva⁸). Se fin dai primordi, è parso chiaro che l'unico passaggio per costruire una responsabilità del garante fosse quella di introdurre una norma specifica, non si intende come ora, in assenza di questa, possano costruirsi ipotesi alternative, con il ricorso al

⁸ Si allude alla sentenza C. Cost. 23 giugno 1956, n. 3, resa per superare i fondati dubbi di costituzionalità della previgente formulazione dell'art. 57 c.p. Per un'analisi di tale sentenza, M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57,*

n. 1, c.p. e un problema di efficacia della pronuncia di rigetto, in *Studi Grispigni*, 1956, 439 ss. Disamina della storia della fattispecie in CORRIAS LUCENTE, *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, 2000, 193 ss.

complesso istituto dell'equipollenza causale, che richiedano per di più il dolo in relazione a prodotti mediatici più sofisticati e complessi di quelli attualmente disciplinati.

È, infatti, paradossale che al momento attuale sia da taluno censurata l'estensione della responsabilità del direttore per i reati commessi con il mezzo della stampa, in relazione all'estesa dimensione delle pubblicazioni rispetto a quelle originariamente esistenti all'atto dell'introduzione della norma istitutiva delle responsabilità. È altrettanto palese che, nella prassi giudiziaria, l'art. 57 cod. pen., si sia trasformato — nonostante l'inciso « a titolo di colpa » — in un accessorio della responsabilità dell'autore della pubblicazione, presupposta la colpa del direttore e, dunque, in una strisciante ipotesi di responsabilità oggettiva. All'attuale inesigibilità del controllo, alcune proposte di legge avevano tentato di introdurre correttivi e prevedere la responsabilità del Direttore di pubblicazione periodiche soltanto nel caso di anonimato dell'articolaista per non lasciare aree di impunità. Così la proposta Pisapia del 1997 ipotizzava di modificare l'art. 57 delineando il reato di sola omessa identificazione dell'autore della pubblicazione; in tal senso il disegno di legge n. 2251 del 1997. L'effetto attuale sarebbe esponenzialmente moltiplicato in relazione ai siti telematici, in cui il materiale trattato è di tale imponenza da essere incontrollabile a chiunque.

Nelle passate legislature, consci della problematica correlata ai contenuti illeciti delle testate telematiche, sono state formulate proposte di equiparazione nella responsabilità dei gestori dei siti con il direttore, l'editore di stampa od il concessionario o delegato al controllo delle trasmissioni radiotelevisive.

Sono state presentate diverse proposte di riforma della materia, anche in senso contrastante; due, in particolare, incidevano sulla responsabilità del Direttore di testate telematiche o di trasmissioni telematiche: la prima (n. 7292 del Pdl) trasformava l'art. 57 cod. pen. estendendo obblighi, penalmente imposti al Direttore, oltre che « al mezzo della pubblicazione » (comunemente inteso come la stampa), anche alle « trasmissioni informatiche o telematiche ». Tale assetto veniva rafforzato dagli emendamenti proposti dai deputati Siniscalchi, Fredda e Bonito che proponevano la modifica degli art. 2, 3 e 9 della legge sulla stampa equiparando le testate telematiche a quelle tradizionali, quanto all'onere di registrazione e istituzione del direttore responsabile, con ciò completando, attraverso le norme di disciplina, il quadro di punibilità introdotto dalla proposta Anedda.

Inoltre la proposta Anedda ipotizzava di innovare l'art. 57-bis (che delinea la responsabilità dell'editore o dello stampatore per pubblicazioni non periodiche anonime) anche al gestore della diffusione di trasmissioni informatiche o telematiche.

Frutto di un inconsapevole inquadramento del fenomeno, le proposte di riforme sono abortite e non hanno avuto sinora seguito. Ebbene anche questo arresto appare un indice sintomatico della condivisione, da parte del legislatore (putativo), dell'impossibilità di estendere alle testate telematiche ed, a maggior ragione, ai siti la disciplina penale in materia di stampa e radiotelevisione.

In sintesi, la lettura dell'imputazione formulata, appare conscia della inesistenza di una specifica norma incriminatrice, perciò, diretta a costruire un apparato sanzionatorio alternativo che, tuttavia, presenta lacune fondamentali ed appare suscettivo di censure sul piano dogmatico e concreto.

5. Se sui versanti oggettivo e soggettivo, l'imputazione appare labile, non può trascurarsi neppure l'ampia gamma di cause di giustificazione che potrebbero escluderla. Per il vero, su You Tube veniva rappresentato, come avrebbe potuto esserlo in televisione o sulla stampa, un episodio drammaticamente sgradevole, ma realmente accaduto. Google, perciò, viene trattata dall'accusa come una cassa di risonanza dell'offesa, senza valutare il profilo del diritto di cronaca.

Anche a trascurare le altre osservazioni, il fatto deve essere, necessariamente, esaminato anche sotto l'aspetto dell'esercizio del diritto di cronaca. Il video, infatti, si limita a rappresentare una vicenda realmente accaduta e renderne informati gli utenti. Non si ravvisa alcuna distanza tra il video e la ripresa radiotelevisiva di un dibattito o di un avvenimento offensivo od il suo resoconto di cronaca. La giurisprudenza ha subito un'evoluzione per questa sorta di informazioni e dal 2001⁹ e, dissolvendo ogni contrasto preesistente, ha ammesso l'esclusiva responsabilità dell'intervistato, in presenza di alcuni requisiti: che il fatto sia d'interesse pubblico, che esista un legame pertinenziale tra fatto ed intervistato; infine che l'intervistatore si limiti a registrare la dichiarazione senza aderirvi con commenti satelliti o domande suggestive. Orbene se l'impunità vale nel caso dell'intervista, in quanto — nonostante la consapevolezza dell'illiceità del suo contenuto — è necessaria per una libera informazione, a fortiori, si dovrebbe stabilire che il filmato oggetto dell'incriminazione può esservi paragonato mediante il ricorso all'analogia. Infatti, registra un episodio (e lo sottopone all'attenzione degli utenti di Google) d'importanza socio ambientale notevole, denuncia la violenza ed il razzismo esistente in alcune fasce (anche giovani) della popolazione e l'intolleranza verso soggetti diversamente abili o le associazioni che li tutelano. Tenere celato tale avvenimento impedirebbe al pubblico di comprendere e ricevere informazioni d'indubbio interesse pubblico e sociale sulla mentalità giovanile, le persecuzioni subite da soggetti deboli e la violenza strisciante nelle scuole.

Non sembra che sia educativo edulcorare una realtà così cruda e non consentire di formarsi un'opinione anche per prevenire il ripetersi di simili intollerabili violenze.

In questo caso, dunque, Google si è limitata, non a reiterare un'offesa, ma a darne conto, in materia d'interesse pubblico rilevante e a permettere che la popolazione e le Istituzioni venissero informati di fenomeni socio criminali, si formassero un'opinione sulla dilagante intolleranza e le

⁹ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2001, n. 37140, Galiero, « In tema di diffamazione a mezzo stampa, la condotta del giornalista che, pubblicando il testo di un'intervista, vi riporti, anche se « alla lettera », dichiarazioni del soggetto intervistato oggettivamente lesivo dell'altrui reputazione, non è scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca, in quanto al giornalista stesso incombe pur sempre il dovere di controllare veridicità delle circostanze e continenza delle espressioni riferite. Tuttavia, essa è da ritenere penalmente lecita, quanto il fatto in

sé dell'intervista, in relazione alla qualità dei soggetti coinvolti, alla materia in discussione e al più generale contesto in cui le dichiarazioni sono rese, presenti profili di interesse pubblico all'informazione tali da prevalere sulla posizione soggettiva del singolo e da giustificare l'esercizio del diritto di cronaca, l'individuazione dei cui presupposti è riservata alla valutazione del giudice di merito che, se sorretta da adeguata e logica motivazione sfugge al sindacato di legittimità », in questa *Rivista*, 2002, 343, con nota di CORRIAS LUCENTE.

forme che assume, in modo che potessero prendere misure per evitare la ripetizione di episodi analoghi o comunque fossero in condizione di condannarli.

6. La seconda imputazione concerne l'illecito trattamento di dati personali. L'accusa è contratta alla contestata violazione degli art. 17, 23 e 26 ossia del mancato consenso dell'interessato e dell'omessa informativa al Garante del trattamento di dati sensibili. Il principale vizio che presenta è il difetto di indicazione di quale sarebbe il dato sensibile attinente alla salute trattato. Infatti, l'accusa, con un inciso: « nelle circostanze di fatto di cui al precedente capo », si salda al precedente capo a) che contesta la diffamazione in danno dell'associazione Vividown. Sembra che l'identificazione della fattispecie dell'art. 23 sia così monca; infatti, l'associazione non è sicuramente soggetto tutelato da tale norma. Se poi con tale parentetica si volesse far riferimento all'immagine della giovane vittima ed alle sue condizioni di salute, va rilevato che si tratta di un dato pubblico, percepibile a chiunque conosca l'interessato. Per sanzionare la lesione della privacy occorrerebbe affermare che appartengono alla sfera della riservatezza personale anche circostanze attinenti la salute (come la mancanza di un arto) immediatamente conoscibili a chiunque incontri la persona e che da questa non possono essere tenute nascoste. Non vi è, dunque, la lesione di alcuna riservatezza (come avverrebbe nel caso della divulgazione di una cartella clinica contenente la documentazione di un malattia segreta). Resta, perciò, dubbio quale sia l'oggetto materiale del reato.

Va poi rilevato che il reato previsto dall'art. 167 del Codice della privacy costituisce un delitto doloso, dunque, il trattamento, oltre ad essere illecito, deve essere consapevole e deliberato. Anche per questo delitto, come per la diffamazione, occorre la dimostrazione che gli imputati avessero la piena consapevolezza dei contenuti del filmato da terzi inserito nel web. Di ciò è dato dubitare anche perché il reato di diffamazione non è ascritto a titolo commissivo — ossia quale condotta collimante con quella degli autori del reato — ma a titolo omissivo e per deliberato omesso controllo, ciò che lascia dubitare della preesistente consapevolezza anche dell'illecito trattamento.

L'imputazione è, infine, consapevole della recente giurisprudenza in tema di privacy che, nell'intento di restringere il campo altrimenti esteso della norma, ha valorizzato l'elemento psicologico dell'art. 167 ed in particolare il dolo specifico.

Si è infatti affermato che¹⁰: « In tema di trattamento illecito dei dati personali, mentre il reato a pericolo presunto, di cui al previgente art. 35 della legge n. 675 del 1996, prevedeva come circostanza aggravante il nocumento per la persona alla quale i dati illecitamente trattati si riferiscono, l'art. 167 del D.Lgs. n. 196 del 2003 ha tipizzato il citato nocumento, da intendersi sia riferito al soggetto stesso che al suo patrimonio, come condizione obiettiva di punibilità ed ha introdotto anche un dolo specifico di danno; di conseguenza, non costituisce reato quella vio-

¹⁰ Cfr. Cass., 9 luglio 2004, Barone, in questa *Rivista*, 2004, 461.

lazione della normativa sulla tutela dei dati personali che produce un “vulnus” minimo all’identità personale del soggetto passivo ed alla sua “privacy”, non in grado di determinare un danno patrimoniale apprezzabile. ».

L’enunciato diretto a dimostrare la sussistenza dell’elemento del reato è così allestito dall’accusa: « al fine di trarne profitto per il tramite del servizio Google Italy (in relazione al quale Google Italy s.r.l. beneficia degli indotti pubblicitari degli inserzionisti) ». Appare evidente lo iato che esiste, fra la ricostruzione del dolo specifico operata dalla Cassazione (che lo pretende strettamente legato al fatto) e la presunzione cui si abbandona l’imputazione. Non sembra, infatti, possa affermarsi, con la certezza necessaria in tema di elemento psicologico, che l’illecito trattamento, se esistente e conosciuto, fosse immediatamente, specificamente e deliberatamente diretto al fine di aumentare le connessioni e dar spazio a maggiore pubblicità. Si tratta di una semplice illazione, priva della concretezza per l’accertamento dell’effettività del dolo specifico nei soggetti imputati, sicché potrebbe essere formulata in rapporto a qualsiasi situazione. L’inciso si risolve, dunque, in una mera petizione di principio, per cui si da per provato il fatto che deve essere oggetto di prova.

7. Eclatante il caso, eclatante l’imputazione. Su questo terreno per la prima volta si definiranno i confini della responsabilità dei service provider e soprattutto, dei service provider che si limitano ad intermediare nell’aggregazione di contenuti prodotti da altri.

Il caso si presenta per le molteplici ragioni elencate estremamente delicato, perché la conferma dell’imputazione potrebbe segnare, stante l’inesigibilità del controllo di tutti i contenuti immessi da terzi, la fine di servizi come Google. Ove dovesse rispondere dei contenuti (indipendentemente dalla prova dell’effettiva consapevolezza), infatti, la società si troverebbe nell’impossibilità di proseguire la propria attività o di farlo a rischio di continue condanne. Occorre, invece, dar risalto (ed avere contezza) alla neutralità del mezzo che svolge ormai un servizio di beneficio essenziale per la collettività, permettendo all’utente di accrescere la propria capacità di navigazione ed apprendimento attraverso links tra vari domini e notizie che compaiono sul web. Tale servizio non necessita di essere gravato di obblighi di controllo e di essere penalizzato, attraverso presunzioni o strumentari sanzionatori diretti a colmare asserite lacune di tutela che trovano, invece, la loro ragione d’essere nell’inesigibilità del controllo dei contenuti che circolano nel vasto mondo di Internet.

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE