
AVV. PROF. FILIPPO SGUBBI

***PARERE PRO VERITATE* ***

1. — Rilevo in primo luogo che il Capo A dell'imputazione ha ad oggetto il delitto di diffamazione commesso mediante omesso impedimento dell'evento (art. 40 comma 2 c.p.). Nello stesso Capo, l'accusa individua anche la fonte dell'obbligo giuridico, individuata in particolare negli artt. 13, 17 e 26 del D.Lgs. 196/2003.

Sul punto, ritengo opportuno svolgere alcune brevi considerazioni generali.

Inizio riepilogando l'evoluzione giurisprudenziale e i percorsi interpretativi rilevabili in ordine all'art. 40 comma 2 c.p.

— L'*obbligo giuridico* di impedire l'evento menzionato dall'art. 40 comma 2 c.p., in origine e fino agli anni '70, è stato interpretato in termini formali: nel senso di dover individuare in sede di cognizione uno specifico obbligo di impedire statuito da una precisa fonte di diritto.

— Oggi, invece, la nozione di « obbligo giuridico » è sostituita dalla categoria « *posizione di garanzia* »: tale categoria è molto più ampia e non richiede l'individuazione di uno specifico e preciso obbligo di impedire statuito da una fonte avente valenza giuridica.

— La posizione di garanzia è ravvisata in capo ad un soggetto quando il soggetto stesso ha doveri di protezione o controllo nei confronti (di diritti o beni giuridici) di altri soggetti.

— Pertanto, la giurisprudenza attuale ritiene che non occorra (più) rintracciare una fonte esplicita e specifica di tali doveri di protezione o controllo: dal momento che la fonte 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. In argomento la giurisprudenza è consolidata, nell'ambito di una ricca casistica: limitandomi alle più recenti decisioni, segnalo Cass. 10819/2009, 4675/2008, 1866/2008, 48292/2008, 45698/2008, 10857/2008, 25527/2007

* Pubblichiamo anche il parere pro-veritate formulato il 22 novembre 2009 dall'avv. prof. Filippo Sgubbi, ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna, su richiesta del difensore della parte civile Associazione Vivi Down, avv. Guido Camera (e da questi depositato all'udienza del 25 novembre 2009) circa la fondatezza delle imputazioni elevate agli imputati nell'am-

bito del processo penale n. 47061/2006 RNR Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano e n. 14667/08 R.G. Tribunale di Milano contro Drummond e altri, parere pro-veritate reso sulla base degli atti messi a disposizione dalla difesa richiedente, comprendenti anche le trascrizioni delle udienze dibattimentali svoltesi avanti il Tribunale monocratico di Milano.

(sentenza che fonda esplicitamente la posizione di garanzia sul contatto sociale), 24201/2006 (sentenza che fonda la posizione di garanzia sullo svolgimento di attività pericolosa), ecc.

— Non solo: il codice penale parla (di) omesso impedimento dell'*evento*. L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale degli ultimi decenni interpreta tale locuzione in senso estensivo, come omesso impedimento del *reato* commesso da altri (sul punto, *ex plurimis*, Cass. 3124/2005).

— E da qui nasce e si è ormai consolidata la figura del concorso mediante omesso impedimento del reato commesso da altri (artt. 110 e 40 comma 2 c.p.).

— Sulla base di tale principio, per rispondere di concorso mediante omesso impedimento nel reato commesso da altri, la causalità è costituita proprio dall'omesso impedimento che *equivale* — alla luce della clausola di assimilazione fra causare e non impedire disposta appunto dall'art. 40 c.p. — ad un diretto e attivo contributo causale¹.

2. — Rilevo che, nella formulazione del capo A dell'imputazione, la Procura della Repubblica ha esercitato l'azione penale seguendo la via della precisa individuazione dell'obbligo giuridico di attivarsi e della sua fonte normativa.

Si tratta di una posizione accusatoria basata dunque sulla tesi formale della individuazione dell'obbligo.

Soluzione sicuramente più garantistica nei confronti degli imputati, considerato che l'accusa avrebbe potuto agganciare l'obbligo di impedire ad un dato fattuale, quale la posizione di garanzia e di controllo derivante dalla gestione di una attività pericolosa (sul punto, oltre alla giurisprudenza citata, cfr. Cass. 10795/2007).

E 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 (su tale punto Cass. 31392/2008).

3. — Nel caso di specie, comunque, le norme citate nel decreto di citazione diretta a giudizio sub Capo A (artt. 13, 17 e 26 D.Lgs. 196/2003) costituiscono precise fonti di una posizione di garanzia e di obbligo di controllo a carico dei soggetti destinatari delle norme stesse (cioè i soggetti responsabili del trattamento dei dati ai sensi della legge citata).

4. — Ai fini della configurazione della responsabilità penale ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. occorre poi che giudizialmente sia accertato:

— che il soggetto destinatario dell'obbligo di attivarsi avesse la c.d. *ignoranza sul fatto*, cioè il potere di attivarsi per impedire l'evento lesivo;

¹ L'argomento è utile per collocare nella corretta luce giuridica l'affermazione del Tribunal de grande instance (Francia) Paris, 2 luglio 2007, che afferma: *Deve escludersi la responsabilità del content ed hosting provider per i contenuti illeciti fruibili attraverso il proprio sito web costi-*

tuente un metamondo dove persone si relazionano attraverso identità virtuali (c.d. avatar), qualora non vi sia la prova sul suo apporto causale alla divulgazione di materiale pornografico o sulla sua reale conoscenza del contenuto illecito del medesimo materiale.

— che si dimostri che l'azione doverosa avrebbe impedito l'evento con una probabilità vicina alla certezza;

— che il soggetto destinatario dell'obbligo di attivarsi fosse in dolo (diretto o eventuale) rispetto all'evento lesivo.

5. — Ora, ritengo che gli atti processuali evidenzino la sussistenza di tali requisiti.

5.1. — Nella fattispecie concreta si è in presenza di una struttura societaria che gestisce un servizio a sua volta collocato in un sito internet (<http://video.google.it>).

Ne consegue che il potere di attivarsi si manifesta nella facoltà-dovere di disporre regole di *compliance*, codici etici, linee-guida di operatività e di *policy* per tutelare al meglio i diritti che l'attività gestita pone a rischio, quali appunto i diritti della personalità (dignità, onore, reputazione, riservatezza, libertà).

Del resto, il decreto legislativo 196/2003 prevede e impone adempimenti di questo genere.

Tali regole di *compliance* devono essere tali da filtrare e impedire l'accesso alla rete dei (o, almeno, da disporre le discipline idonee a togliere immediatamente i) video offensivi.

La fattibilità dell'operazione di controllo mi pare, poi, confermata dalla consulenza tecnica del dott. Battiato, là dove attesta la sussistenza di strumenti tecnici in grado di automatizzare il processo di analisi e « di inferire informazioni rispetto ad un certo numero di classi semantiche ».

La consapevolezza da parte dei soggetti apicali di Google Italy s.r.l. (e del responsabile della *policy* sulla *privacy*) della rischiosità della attività svolta mi pare fuori discussione, emergendo tale dato:

- dalla dimensione economica del fenomeno connessa anche alla pubblicità da ospitare sul sito,
- dall'esigenza di affermarsi sul mercato italiano a fronte di altri forti competitori,
- dalla dimensione notoria delle potenzialità (anche di pregiudizio per i diritti dei singoli) di internet, ben consolidata a livello nazionale e internazionale: anzi, la sensibilità sul punto è forse ancor più accentuata proprio nei Paesi di nazionalità degli imputati.

Sul punto, le emergenze processuali — ed in particolare la deposizione dibattimentale di JENEMY COLIN DOIG all'udienza del 29 settembre 2009 — mostrano significative carenze organizzative rispetto al livello di rischiosità dell'attività svolta.

5.2. — Un ulteriore requisito: occorre dimostrare che l'azione doverosa avrebbe impedito l'evento con una probabilità vicina alla certezza.

Ora, la consulenza del dott. Battiato e le risultanze investigative mostrano come le cautele e i protocolli preventivi siano, da un lato, fattibili tecnicamente e, dall'altro lato, siano idonei a prevenire il fatto-reato.

5.3. — In ordine al dolo, poi, valgono i principi consolidati.

Nel delitto di diffamazione non occorre certo dimostrare l'*animus diffamandi*; è sufficiente il dolo generico anche nella forma del *dolo eventuale* (da ultimo: Cass. 26964/2007).

E mi pare che — nel caso di specie — sia dimostrata la sussistenza dell'accettazione del (l'elevato) rischio della realizzazione di fatti diffamatori.

Invero, si tratta di un sito aperto, accessibile a chiunque, privo di cautele preventive e di filtro e in assenza di regole di *policy* in materia di riservatezza. Il tutto congiunto alle evidenziate carenze organizzative.

Confidando di avere esaurientemente risposto.

Bologna, 22 novembre 2009.

Prof. Avv. FILIPPO SCUBBI