
ADELMO MANNA

CONSIDERAZIONI SULLA RESPONSABILITÀ PENALE DELL'INTERNET PROVIDER IN TEMA DI PEDOFILIA

Mi associo ovviamente anch'io ai ringraziamenti per essere stato invitato a questo interessante convegno. La mia relazione riguarda il tema dei rapporti tra pedofilia ed Internet, e, in particolare, il profilo attinente alla responsabilità penale dell'*Internet provider*.

Per affrontare questo argomento è necessario fare riferimento alla legge 3 agosto 1998 n. 269, concernente le norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, e del turismo sessuale in danno di minori. Con tale provvedimento legislativo è stato introdotto nel codice penale l'art. 600-ter. Il terzo comma di tale disposizione sancisce che colui il quale, al di fuori delle ipotesi di cui al primo ed al secondo comma, con qualsiasi mezzo e quindi anche per via telematica, « distribuisce o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento ed allo sfruttamento sessuale di minori di anni 18, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire 5.000.000 a 100.000.000 ». Attraverso questa norma si può arrivare a ritenere penalmente responsabili anche gli *Internet providers*.

Come già emerso dalle precedenti relazioni, sussiste in questa materia un'evidente necessità di bilanciamento di opposti interessi in conflitto. Da un lato vi è, ovviamente, la libertà di manifestazione del pensiero, cui, a sua volta, si collega la libertà di impresa, e, dall'altro, vi è l'esigenza di una adeguata tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, ed in particolare della tutela dei minori e del loro sano sviluppo sessuale, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, dalla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e soprattutto dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo¹. Non è certo agevole contemperare al meglio questi due interessi.

* Testo, con l'aggiunta delle note, della Relazione svolta al seminario internazionale, organizzato dal C.E.D., su *I reati informatici*, Roma, 15-16 dicembre 2000.

¹ Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 ratificata in Italia dalla L. 27 maggio 1991, n. 176.

Il punto di mediazione costituito dalla legge 3 agosto 1998, n. 269, si caratterizza per un uso della tutela penale che appare talvolta eccessivo. Un esempio è rappresentato dall'aver incriminato (alla pari, del resto, di molti altri ordinamenti), con l'art. 600-*quater* c.p., la mera detenzione di materiale pedopornografico. Si è qui delineata una sorta di reato ostacolo: detta disposizione incriminatrice è ritenuta da taluni una forma speciale di ricettazione². Con tale fattispecie il diritto penale arriva però ad incidere significativamente su aspetti tra i più intimi e personali della vita privata, il che ha destato alcune perplessità, tanto più che si interviene su condotte ben lontane dalla lesione al bene giuridico protetto, al contrario delle altre cui si riferisce la legge 269 del 1998³.

Per quanto più in particolare, concerne l'art. 600-*ter* c.p., bisogna rilevare come la dottrina, e non solo quella italiana, ma anche quella di altri Paesi in cui sono presenti fattispecie similari, si caratterizza per una impostazione tendenzialmente garantista per quanto riguarda la responsabilità dell'*Internet provider*; basti pensare, in Italia, alle posizioni di Seminara⁴ e, in Germania, a quelle di Sieber⁵. La giurisprudenza è apparsa, al contrario, più rigorosa: famoso è rimasto il caso dell'*Internet provider* svizzero che è stato condannato per non aver rimosso materiale pornografico dopo che la presenza di questo gli era stata segnalata dall'Autorità Federale⁶. Anche in Germania, e precisamente in Baviera, vi è stata la condanna di un *Internet provider*⁷. In Francia si contano talune pronunce in sede civile che affermano la responsabilità degli *Internet providers* per non aver controllato l'accesso in rete⁸.

² In tal senso v. FORLENZA O., *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33, 40, e quivi 42.

³ Sul punto sia consentito il rinvio a MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 47 ss.; in argomento v. anche ZENO ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. dir.*, 1998, 637 ss.

⁴ SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *R.T.D.P.E.*, 1997, 71 ss., spec. 101 ss.; ID., *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in questa *Rivista*, 1998, 745 ss.

⁵ SIEBER U., *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet*, trad. it. a cura di M. Sforzi, in *R.T.D.P.E.*, 1997, 743 ss.; ID., *Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetze. Zur*

Umsetzung von § 5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet, in *Computer und Recht*, 1997, 581 ss.

⁶ Corte di cassazione federale svizzera 17 febbraio 1995, Rosenberg, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, 1995, 121.

⁷ Cfr. *Amtsgericht München*, 28 maggio 1998, Felix Somm, in *Multimedia und Recht*, 1998, 429 ss.

⁸ Cfr.: Corte Appello Parigi, 10 febbraio 1999, Lacambre c. Hallyday, in questa *Rivista*, 1999, 926 ss., con nota di RICCIO G.M., *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, in *ibid.*, 929 ss.; sulla responsabilità civile dell'*internet provider* da un punto di vista comparatistico, cfr., di recente, MAGNI-SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*, in *ibid.*, 1997, 61 ss. e 75 ss.; BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extra-*

In senso contrario si pone, invece, la giurisprudenza statunitense: la Corte Suprema Federale della Pennsylvania ha dichiarato costituzionalmente illegittima quella norma del « *Communications Decency Act* » (§ 502) che configurava una responsabilità penale dell'*Internet provider* per aver consentito l'accesso in rete a materiale di carattere pornografico attinente i minori⁹. L'impostazione statunitense non pare essere tuttavia condivisibile, avuto riguardo al nostro ordinamento, in quanto la libertà di manifestazione del pensiero trova qui dei limiti espressamente sanciti a livello costituzionale. L'art. 21 della Carta individua, come è noto, proprio nel rispetto del buon costume il criterio delimitativo della garanzia costituzionale al diritto di manifestazione del pensiero. Pertanto, una soluzione interamente orientata alla tutela della libertà di espressione e che non si preoccupi di contemperare la stessa con una adeguata protezione degli inviolabili diritti dell'uomo che vengono qui in rilievo, non può essere seguita, quantomeno in riferimento al nostro ordinamento.

È ora il momento di tentare di delineare le modalità con le quali l'*Internet provider* può essere ritenuto penalmente responsabile ai sensi dell'art. 600-ter. Due sono le forme di responsabilità che si possono prefigurare, una di tipo omissivo, in cui assume centrale rilevanza la previsione del capoverso dell'art. 40 c.p., e l'altra di tipo commissivo.

Per quanto attiene la prima delle possibili forme di rilevanza penale individuate, si può ipotizzare che l'*Internet provider* venga ritenuto responsabile per non aver impedito quell'evento costituito dall'immissione in rete di materiale pedopornografico. In tal caso, peraltro, l'evento da impedire si identificerebbe addirittura nello stesso fatto di reato, atteso che l'oggetto del rimprovero penale si sostanzierebbe nel non aver impedito la divulgazione o la pubblicizzazione del materiale pornografico di cui all'art. 600-ter primo e secondo comma. Ciò che si sarebbe dovuto evitare è, allora, il fatto tipico disegnato dalla citata previsione codicistica e, cioè, non tanto un evento quanto una condotta, dato che l'art. 600-ter c.p. delinea un delitto di mera condotta. Da quanto testé osservato emerge già una prima ragione di perplessità, giacché regola generale è quella per cui la responsabilità omissiva di cui all'art. 40 capoverso c.p. concerne fattispecie causalmente orientate, cioè reati a forma libera, nei quali sia presente un evento in senso naturalistico. Nel caso che stiamo esaminando è invece difficile individuare un evento naturalistico, atteso che la divulga-

contrattuale dell'*Internet provider*. Una sintesi di diritto comparato, in *ibid.*, 2000, 829 ss.

⁹ Corte Federale degli Stati Uniti, Di-

stretto Orientale della Pennsylvania, 11 giugno 1996, in questa *Rivista*, 1996, 604 ss. con nota di ZENO-ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazio-*

zione è in realtà la stessa condotta criminosa. Allora, a ben vedere, ciò che si sarebbe dovuto impedire è addirittura il reato stesso, col che si afferma implicitamente che l'*Internet provider* sarebbe tenuto ad una attività di controllo penalmente sanzionata. Tale conclusione desta, però, ulteriori perplessità, dato che, a questo punto, vi è il rischio di assegnare all'*Internet provider* un ruolo equivalente a quello di un agente o di un ufficiale di polizia giudiziaria. Si fa così carico all'*Internet provider* di un ruolo pubblicistico, che dovrebbe essere del tutto estraneo a chi si limiti a svolgere un'attività d'impresa¹⁰.

Alle conclusioni cui siamo pervenuti potrebbe ribattersi che, tanto nel nostro ordinamento, quanto in altri, vi sono delle fattispecie in cui vengono prefigurati obblighi di controllo penalmente sanzionati che si ricollegano al ricoprire una carica apicale in complesse strutture organizzative. È questo il caso della responsabilità del direttore del giornale, ai sensi dell'art. 57 del codice penale italiano. Disposizioni simili sono previste in altri ordinamenti. Ma in tali ipotesi è il Legislatore stesso che connette doveri di controllo penalmente sanzionati alla titolarità di vertice all'interno di una azienda o di un ente. Laddove il Legislatore non lo preveda espressamente, non è possibile pervenire in via meramente interpretativa ad una soluzione di questo genere, sia perché rischieremo di dar luogo ad una applicazione analogica *in malam partem* dell'art. 57 c.p., sia perché, come già evidenziato, lo stesso art. 600-ter non consente una soluzione di questo genere, in quanto non è un reato a forma libera. *De iure condito*, la possibilità di muovere un rimprovero penale all'*Internet provider* a titolo di responsabilità omissiva appare quindi difficilmente praticabile¹¹.

ne e la sentenza sul caso « Internet », in *ibid.*, 640 ss.

¹⁰ Analogamente, PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 247; dello stesso v. anche ID., voce *Reati informatici e telematici*, in *Dig. disc. pen.*, *Aggiornamento*, 2000, 521 ss.

¹¹ *De iure condendo*, rilevato che nella proposta di legge, n. 7292 d'iniziativa dei deputati Anedda, Selva, Armaroli, Lembo, Fragalà, Migliori, Mazzocchi, Marino, Landi, Malgieri, Trantino, Cola, seppure avente ad oggetto: « Modifiche al codice penale e al codice civile, in materia di diffamazione col mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione », presentata alla Camera dei Deputati il 13 settembre 2000 — nel testo risultante in caso di approvazione degli emendamenti all'articolo 3 e del nuovo articolo 7, proposti dalla Commissione giustizia — all'articolo 4 si ha una nuova disciplina dell'articolo 57

del codice penale, intitolata: (« *Omesso impedimento di reati commessi col mezzo della stampa periodica o mediante trasmissioni informatiche o telematiche* »), del seguente ormai più ampio tenore, che quindi in teoria potrebbe ricomprendere pure la materia che qui ci occupa: « Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile del periodico, che omette, per colpa, di esercitare il controllo necessario ad impedire che siano commessi reati col mezzo della pubblicazione, anche mediante trasmissioni informatiche o telematiche, è punito, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo ». Con l'articolo 5 si suggeriscono, inoltre, due modifiche all'articolo 57-bis, l'una alla rubrica, con l'aggiunta di: « o di trasmissioni informatiche o telematiche », e l'altra al testo, con la

Resta l'altra possibilità, quella di individuare una ipotesi di responsabilità commissiva a livello concorsuale: si imputerebbe all'*Internet provider* una sorta di condotta agevolatoria, per aver fornito accesso in rete a soggetti che poi vi hanno immesso materiale pornografico attinente ai minori. Questa prospettiva ha maggiori possibilità di affermarsi in giurisprudenza rispetto alla prima. Pur tuttavia, anch'essa presenta un aspetto notevolmente problematico, relativo all'elemento soggettivo. Realisticamente, come riconoscono alcuni fautori della tesi in esame, ci si riferisce in particolare a Picotti, si potrà addivenire a sentenze di condanna dell'*Internet provider* che abbia consentito l'accesso alla rete chi vi ha poi inserito materiale pedopornografico, configurando, a suo carico, una responsabilità a titolo di dolo eventuale¹². Ci si è qui ispirati a quella giurisprudenza svizzera che ha condannato un *Internet provider* che non aveva tenuto conto dell'avvertimento dell'autorità pubblica relativo alla presenza, sui suoi *computer*, di materiale pornografico riguardante i minori¹³. Non aver dato peso a tali segnalazioni ha comportato, per i giudici svizzeri, l'accettazione del rischio che in futuro possano essere immessi ulteriori materiali pornografici. La « soluzione » rappresentata dal ricorso alla figura del dolo eventuale è pericolosa, perché rischia di far venir meno quel requisito fondamentale che è la conoscenza del materiale illecito. Infatti, seguendo l'impostazione in discussione, ci si potrebbe limitare, ai fini dell'accertamento della penale responsabilità dell'*Internet provider*, agli avvertimenti che gli sono giunti. Si farebbe così riferimento non alla conoscenza attuale di materiale pedopornografico ospitato sui suoi siti, ma alla mera conoscibilità. A questo

previsione, alla fine della disposizione del seguente periodo: « In quest'ultimo caso se la pubblicazione avviene mediante trasmissioni informatiche o telematiche, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano alla persona responsabile della gestione della diffusione ».

In sede di Commissione sono stati tuttavia avanzati una serie di rilievi critici provenienti dall'associazione di editori di siti *Internet* che hanno paventato la sostanziale applicabilità della suddetta disciplina in relazione alle norme sulla registrazione e sull'indicazione del responsabile editoriale; tale regolamentazione rischierebbe infatti di scoraggiare la creazione in Italia dei siti *Internet* cui si riferisce la normativa medesima.

Va inoltre rilevato che nella materia che qui ci occupa, la responsabilità per colpa potrebbe risultare a maglie troppo larghe

rispetto, ad esempio, ai più precisi confini dettati dalla legge tedesca del 22 luglio 1997 sui servizi di informazione e comunicazione (*InKDG*), che analizzeremo in seguito. Bisognerà, comunque, verificare se nell'attuale legislatura tale proposta di legge verrà ripresentata e, soprattutto, in quali limiti.

¹² PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-providers in Internet*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 379 ss.; ID., *La responsabilità penale dei Service-providers in Italia*, in *ibid.*, 501, e quivi 503; ID., *Sub art. 600-ter, terzo comma*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 2°, Padova, 1999, quivi 564-566.

¹³ Ci si riferisce in particolare al caso *Rosenberg* citato in nota 6.

punto si scivola quasi inavvertitamente verso un'ipotesi di colpa e non già di dolo¹⁴.

Tali non condivisibili conseguenze paiono tanto più inaccettabili laddove si consideri che le più moderne tendenze in materia di dolo eventuale si caratterizzano per la conclusione che di questa forma di dolo possa parlarsi solo laddove non sia nemmeno ipotizzabile una figura di agente modello che operi nell'ambito di rischio in cui viene a determinarsi l'evento pregiudizievole¹⁵. Nel caso di specie è, invece, ben possibile configurare astrattamente un agente modello che si faccia carico delle pretese dell'ordinamento: l'*Internet provider* attento alle segnalazioni delle pubbliche autorità e che, di conseguenza, rimuova il materiale pornografico ospitato sul suo sistema. Anche il tentativo di delineare una responsabilità penale del *provider* a titolo di partecipazione concorsuale di tipo commissivo e sostenuta dal dolo eventuale pare, dunque, difficilmente accoglibile.

Quanto appena rilevato non significa, però, che l'*Internet provider* debba andare esente da qualsiasi forma di responsabilizzazione tramite l'intervento penale. Se concludessimo in tal senso, seguiremmo la giurisprudenza statunitense che, dietro l'affermazione della più ampia libertà di espressione, pare celare la più incondizionata tutela della libertà di impresa: sarebbe quest'ultima una soluzione troppo sbilanciata e, pertanto, inaccettabile. Vi è infatti, come rilevato all'inizio, *in subiecta materia* un'ineludibile esigenza di contemperare le ragioni della libertà di espressione e della connessa attività economica con la tutela di alcuni fondamentali diritti dell'uomo.

Ai fini dell'individuazione di un ragionevole punto di mediazione, appare utile il riferimento alla recente legislazione tedesca del 22 luglio 1997 sui servizi di informazione e comunicazione (*InKDG*). La responsabilità dell'*Internet provider* è regolata dall'art. 5 della legge tedesca¹⁶. Tale disposizione richiede, in primo luogo, la conoscenza del materiale pornografico che è stato immesso in rete. Questo elemento ha una fondamentale importanza proprio per evitare le « tentazioni » di ricorrere al dolo eventuale che rischia poi di ridursi ad un semplice *dolus in re ipsa*¹⁷, e, quindi, ad una presunzione di dolo. In secondo luogo appare

¹⁴ Va a questo proposito rilevato che di recente ed autorevolmente PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *R.I.D.P.P.*, 2000, 1265 ss., e, quindi, 1266, ha osservato che: « paradossalmente: in quanto depotenzia il momento volitivo la figura del dolo eventuale dovrebbe segnare la riscossa della *Vorstellungstheorie*; e invece, in siffatte applicazioni deviate, finisce per vanificare proprio il momento rap-

presentativo, cui sottrae l'oggetto suo proprio ».

¹⁵ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, quivi 152 ss.

¹⁶ In argomento v. ampiamente SEMINARA, *La responsabilità*, cit., 759; PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit., 383-384.

¹⁷ In argomento si v. il sempre fondamentale contributo di BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960.

ben disciplinata la stessa posizione di garanzia: non ha, infatti, senso che l'*Internet provider* sia sempre responsabile a livello di omesso controllo dato che, come ci è anche stato illustrato in questa sede da Morales Prats, tecnicamente è estremamente difficile, a livello di rete, il controllo sui contenuti. È altamente improbabile, in altri termini, che l'*Internet provider* riesca a controllare i numerosissimi accessi in rete, anche, e soprattutto, alla luce del diritto all'anonimato di colui che immette il dato in rete, come ci ricordava appunto Morales Prats¹⁸. A questo proposito la legge tedesca pone quanto meno due fondamentali presupposti dell'obbligo penalmente sanzionato: la possibilità tecnica del controllo e l'esigibilità dello stesso. Se non si arriva ad una disciplina di questo tipo si rischia, in altri termini, proprio per le difficoltà tecniche di individuare l'autore che immette questi dati in rete, di individuare nell'*Internet provider* l'unico soggetto che risponda penalmente. Vi è così il pericolo di creare dei « capri espiatori », configurando ipotesi di responsabilità oggettiva o, peggio, addirittura di posizione. Quanto sostenuto non intende significare che l'*Internet provider* debba essere scevro da preoccupazioni di carattere penale, ma che l'intervento in tale ambito deve caratterizzarsi per forme di responsabilità di tipo concorsuale sottese ad un dolo particolarmente intenso e non già da sfuggenti criteri di imputazione soggettiva, cioè da ambigue forme di dolo che mascherano, in realtà, comportamenti strutturalmente colposi¹⁹.

¹⁸ Dello stesso, sulla normativa penale spagnola, cfr. ID., *La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)* in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, 41 ss.

¹⁹ EUSEBI, *Appunti sul confine fra do-*

lo e colpa nella teoria del reato, in *R.I.D.P.P.*, 2000, 1053 ss., e quivi 1087 ss.; FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Ibid.*, 1999, 228 ss., e quivi 276 ss.