

# CONVEGNI

---

## ADELMO MANNA

### Società dell'informazione e diritto penale: problemi e prospettive (\*)

Nel venire incontro alla richiesta di sintetizzare per punti essenziali le proprie proposte di emendamento e/o integrazione delle Risoluzioni approvate nel Colloquio preparatorio di Verona, del 28-30 novembre 2012 – *I sezione: diritto penale generale*, rilevo:

a)- In via preliminare si conferma anche in rapporto alla tematica relativa alla società dell'informazione ed il diritto penale, lo sviluppo post-moderno di quest'ultimo ramo del diritto, che oramai segue il modello dei c.d. sotto-sistemi penali, nel senso che, dal centro, costituito dal codice penale, si irradiano appunto una serie di sotto-sistemi, per dirla con Fiandaca<sup>1</sup>, che caratterizzano ormai materie *extra-codicistiche* o anche inserite nel codice penale, ma che comportano un corpo a sé stante, sovente in contrasto con i principi generali, anche costituzionali, del diritto penale medesimo.

b)- Ciò avviene chiaramente anche per il nostro settore, con particolare riferimento alla c.d. *cyber-criminalità*, giacché in primo luogo le fattispecie penali introdotte sono inserite, in genere, se trattasi del codice penale, nell'ambito di beni giuridici di categoria di carattere tradizionale, quando invece la struttura dei reati di riferimento, che risente in genere di una notevole anticipazione della tutela, fa emergere non già beni tradizionali ma, semmai, beni di carattere funzionale e, comunque, sovente vaghi o vaganti.

c)- I problemi, tuttavia, più preoccupanti riguardano la struttura delle fattispecie criminose, in quanto si utilizzano come reato in primo luogo atti c.d. preparatori, come avviene, ad esempio, nel delitto di cui all'art. 615-*quater* c.p., che tuttavia contrasta con la tradizione ormai plurisecolare, nel senso che già dal codice Napoleone del 1810 si usava distinguere tra atti preparatori e atti esecutivi e l'inizio dell'attività punibile era, com'è noto, fissata proprio con

---

(\*) Intervento in qualità di *discussant* al Convegno di Roma, Verso il XIX Congresso Internazionale AIDP di Rio de Janeiro (settembre 2014) “*Società dell'informazione e diritto penale. Le sfide alla giustizia penale nel III millennio*”, venerdì 22 novembre 2013.

<sup>1</sup> FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.

l'inizio dell'esecuzione. La situazione non è mutata con il codice penale del 1930, in quanto, anche se a livello di tentativo si sono utilizzati diversi requisiti dell'idoneità e dell'univocità degli atti, soprattutto quest'ultimo requisito dimostra come non costituiscono atti penalmente rilevanti quelli di carattere puramente preparatorio. È pur vero che già nel decreto Pisanu si erano utilizzati come fattispecie criminose atti sostanzialmente preparatori<sup>2</sup>, come il delitto di arruolamento e quello di addestramento, ma ritrovare detto fenomeno anche in rapporto al settore che qui ci occupa, non solo dimostra ulteriormente la sussistenza dei c.d. sottosistemi penali, ma soprattutto pone problemi di costituzionalità, in rapporto in particolare con il principio di offensività. Da ultimo va rilevato che anche la più recente dottrina, ovvero sia Seminara<sup>3</sup>, nell'anticipazione della tutela penale legittima soltanto, sul modello tedesco, i c.d. "atti prossimi all'esecuzione".

d)- Altrettanto è a dirsi per i reati di possesso, in particolare con riferimento al materiale pedopornografico reale e, a maggior ragione, per quanto attiene a quello di carattere virtuale, ove cioè non sono rappresentati bambini in carne ed ossa ma, soltanto fotomontaggi o disegni. Sotto questo profilo, si pone ulteriormente non solo un problema di costituzionalità, quale quello già ricordato, in quanto si tratta, evidentemente, di reati-ostacolo, del tipo del possesso ingiustificato di chiavi, grimaldelli o valori, giustamente a suo tempo stigmatizzati da Franco Coppi<sup>4</sup>, ma diventa problematico, almeno a nostro avviso, addirittura individuare un bene giuridico leso o quanto meno messo in pericolo. Il riferimento, infatti, alla necessità di una crescita salutare della popolazione minorile sotto il profilo sessuale, com'è stato sostenuto in particolare da Picotti<sup>5</sup>, non appare tale da giustificare il possesso di materiale pedopornografico e ancor meno lo giustifica con riguardo a quello di carattere virtuale, per le seguenti ragioni. In primo luogo, se la *ratio* della tutela è di far diminuire le pratiche riguardanti la pedofilia, si rischia di prefigurare un diritto penale di stampo "proibizionista", che non ha mai fornito buona prova di sé, come dimostra una volta per tutte il c.d. proibizionismo americano in tema di alcolici, che ha prodotto, come noto, la proliferazione di distillerie

<sup>2</sup> Sia consentito, sul punto, anche per maggiori approfondimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 2012, pp. 424 ss.

<sup>3</sup> SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, spec. pp. 1015 ss.; da ultimo, sul tema, cfr. anche GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Milano, 2013, quivi p. 63 ss.

<sup>4</sup> COPPI, *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713 ss.

<sup>5</sup> PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (l. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte seconda)*, in *Stud. iur.*, 2007, 1196 ss.

clandestine e, quindi, l'arricchimento delle organizzazioni criminali. In secondo luogo, si ha l'impressione che attraverso l'incriminazione del possesso, nel senso che abbiamo specificato, si rischi di confondere il reato con il peccato e, soprattutto, di considerare delinquenti coloro i quali costituiscono, invece, dei malati. Per questo complesso di ragioni si ritiene che questa materia andrebbe profondamente rivista, almeno proponendo l'eliminazione dei reati di possesso e, soprattutto, di quello di materiale pedopornografico virtuale.

e)- Strettamente collegato al punto precedente, pur se non riguarda direttamente i reati informatici, bensì più in generale la società dell'informazione, attiene alla Convenzione di Lanzarote<sup>6</sup>, ove, in particolare, gli aspetti critici sono costituiti da un nuovo reato di apologia in materia pedopornografica e dalla punizione anche dello spettatore di spettacoli pedopornografici. Anche questo modo di legiferare andrebbe profondamente rivisto perché il reato di apologia costituisce, come noto, il più discusso fra i reati di opinione, perché tende ad esaltare una determinata materia, che, solo perché risulta di carattere ripugnante, non giustifica l'intervento del diritto penale come, del pari, dovrebbe avvenire anche per la proposta, estremamente discutibile, di introdurre anche da noi il reato di negazionismo<sup>7</sup>. Per quanto riguarda, inoltre, la punizione dello spettatore, anche qui sembra che la tutela penale sia inadeguata, perché di nuovo si confonde il reato con il peccato e, quindi, si tratta come delinquente chi, semmai, deve essere qualificato come malato e costituire, quindi, non un problema attinente alla giustizia penale ma, casomai, alla sanità.

f)- Altro aspetto particolarmente delicato è quello relativo alla responsabilità penale dell'*internet provider* su cui si è avuta, in Italia, una ben nota sentenza del Tribunale di Milano<sup>8</sup>. Con tale sentenza, ricordata anche nel *Rapporto italiano* a cura del collega Paliero, si sono condannati gli amministratori della società *Google* perché avrebbero consentito di mettere in rete materiale di carattere diffamatorio riguardante proprio l'offesa ad un ragazzo affetto dalla sindrome di *Down*. L'autore della frase incriminata è stato condannato per diffamazione, mentre l'*internet provider* in primo grado non è stato condannato per diffamazione, perché giustamente il giudice di prime cure ha ritenuto

<sup>6</sup> Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Considerazioni introduttive sulla Convenzione di Lanzarote e sulle nuove fattispecie di reato dalla stessa introdotte*, in corso di pubbl. su *La Corte d'Assise*.

<sup>7</sup> In senso, infatti, giustamente critico, FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, spec. pp. 169 ss., che infatti, in modo condivisibile, conclude "per una tutela non penale della storia".

<sup>8</sup> Del 12 aprile 2010, Giud. Magi, nel caso c.d. *Google-Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 474 ss.; sul punto sia consentito anche il rinvio a MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, *ibidem*, 779 ss.

to che il *provider* non può controllare tutto il materiale che viene inserito in rete e quindi non può essere ritenuto responsabile a livello omissivo, per il reato di diffamazione. Lo ha, tuttavia, condannato per il reato di trattamento illecito di dati personali, perché non avrebbe sostanzialmente informato in modo corretto circa le modalità di immissione in rete del materiale da inserire. In argomento ci sia permesso rilevare come le critiche che sono state mosse a tale sentenza, soprattutto dallo scrivente, sono poi state fatte proprie dal pronunciamento di secondo grado che, infatti, ha assolto gli amministratori della società *Google*<sup>9</sup>. Qui si pone in generale un bivio assai rilevante, se cioè l'*internet provider* debba essere imputato solo a livello attivo o anche in chiave omissiva ed inoltre con un dolo particolarmente carico, cioè il dolo intenzionale o quello diretto, oppure sia consentito utilizzare anche l'ibrida figura del dolo eventuale. Il sottoscritto per le ragioni indicate nell'opera summenzionata propende decisamente per la strada più garantista, anche se probabilmente meno efficace a livello probatorio, per cui non si ritiene sufficiente, come invece è emerso nel *Rapporto italiano* la mera conoscenza, seppur previa, da parte del *provider*, del materiale da inserire in rete, perché si opina che, al contrario, sia necessario dimostrare un previo accordo fra il *provider* e colui che vuole mettere in rete materiale penalmente rilevante, cosicché il *provider* dà luogo ad una condotta agevolatoria a livello concorsuale di carattere attivo, sorretta, per di più, da un dolo particolarmente carico, come sostengono anche autorevoli esponenti della dottrina italiana e straniera, come Seminara e Sieber<sup>10</sup>.

g)- Destano infine perplessità le proposte riportate nel *Rapporto generale*, elaborato dal collega Weigend, nel senso di proporre l'introduzione di nuove fattispecie criminose come il *cyber bullismo* e, soprattutto, il *cyber stalking*. Per quanto riguarda quest'ultima fattispecie, essa ha creato non pochi problemi non solo perché non è ancora chiaro se si tratta di reato di danno o di pericolo, nonché almeno due degli eventi presi in considerazione, rischiano di affondare nel c.d. atteggiamento interiore della vittima ed il terzo, cioè quello relativo al mutamento delle abitudini di vita, risulta sostanzialmente indeterminato. A ciò si aggiunga la giurisprudenza, che addirittura ritiene sufficienti soltanto due condotte criminose per ritenere verificato un reato,

<sup>9</sup> Corte d'app. Milano, 21 dicembre 2012, n. 8611, in *Cass. pen.*, 2012, 3244 ss., con nota di CATULLO, *Atto secondo dell'Affaire Google-Vivi Down: società della registrazione e consenso sociale*, *ibidem*, 3256 ss.

<sup>10</sup> Sia di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Il nuovo delitto di «atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCI-GUERRA, DASSANO, Napoli, 2010, 469 ss.

viceversa, così complesso. La strada, invece, che appare più praticabile, e che ha trovato d'accordo anche il collega Paliero, come autore del *Rapporto italiano*, è invece quella di ricorrere al c.d. modello ingiunzionale, usato, ad esempio, in Scozia, ove la polizia convoca lo *stalker* e gli intima di non avere più contatti con la vittima. Se quest'ultimo viola le prescrizioni impostegli, viene arrestato per il reato di inottemperanza ad un provvedimento legalmente dato dall'Autorità che, evidentemente, in Scozia costituisce una fattispecie delittuosa, anziché meramente contravvenzionale. Sotto quest'ultimo profilo appare quindi decisamente preferibile la proposta di utilizzare il modello ingiunzionale, anziché creare nuove fattispecie di *cybercrimes*, che infatti derivano a loro volta da fattispecie delittuose non solo assai discusse, ma anche di difficile applicazione pratica.