

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

ANTONIO BEVERE – VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

La rete e il diritto sanzionatorio

Una visione d'insieme

(sintesi della relazione)

1. Premessa

Una riflessione contemporanea sul “diritto penale della rete” deve fare i conti con una molteplicità di fattori, alcuni dei quali ben risaputi, altri meno:

- a) la dimensione transnazionale – anzi globale – della rete;
- b) la natura non materiale (il termine comune è “virtuale”) delle attività che si svolgono sulla rete;
- c) la incessante rapidità con cui la rete e le attività su di essa si evolvono, nella loro natura e dimensione.
- d) la realizzazione di comportamenti trasgressivi, sul piano penale, civile e amministrativo, comunque dannosi per i diritti e gli interessi dei cittadini nazionali ed extranazionali, con effetti ancor più pervasivi per la rapidità delle comunicazioni in rete, per l'astrattezza dei dati informatici, per l'anonimato dietro cui il responsabile può nascondersi, per la delocalizzazione delle condotte trasgressive che rende problematica l'individuazione del tempo e del luogo della loro consumazione e la tempestività dell'intervento sanzionatorio..

2. Un diritto 'tecnologico'

Governata dalla tecnologia (“*Code is the law*” è il titolo di un fortunato libro del giurista americano Lawrence Lessig, dove ‘code’ non il nostro venerato concetto di Codice, ma il codice binario) la rete produce regole le quali si impongono a tutti, prescindendo dal luogo fisico ove si trova l'agente e dal diritto nazionale che, in astratto, dovrebbero applicarsi. A queste regole le condotte individuali devono in larga misura conformarsi, senza poterle modificare o eludere. Vengono quindi a crearsi diversi livelli di regole tecniche, fra di loro connessi, dove solo quelle che sono più vicine, anche fisicamente, all'agente consentono a questo di autodeterminarsi, con tutto ciò che questo comporta.

Prende sempre maggiore consistenza un *diritto tecnologico*: le conoscenze, le decisioni, del giurista dipendono sempre di più dalla tecnologia informatica. Il giudice - come tutti nelle società economicamente evolute - è assediato dalla esigenza di aggiornare, sviluppare, confrontare il proprio bagaglio professionale, affidandosi lui stesso alla rapidità delle comunicazioni in rete. Una rapidità in cui possono trovare maggiore facilità di adattamento le nuove generazioni,

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

culturalmente formate nel nuovo mondo dell'informazione, la cui moderna produzione giurisprudenziale dovrebbe essere maggiormente accessibile nel sistema informatico.

3. Le identità sulla rete

Al tempo stesso si assiste ad un fenomeno assolutamente nuovo nel campo delle relazioni individuali e sociali: la dicotomia della personalità nella vita "reale" e nel suo operare sulla rete, e la creazione in quest'ultima di identità plurime, virtuali. Certamente è possibile, alla fine, ricondurre il tutto ad un unico soggetto anagrafico, ma – al di là delle questioni, pur rilevanti, di identificabilità – quel che rileva è la moltiplicazione delle identità e della creazione di comunità che esistono solo virtualmente. Solo una visione atomistica può considerare tale aspetto come irrilevante per il diritto (ci occupiamo forse della regolazione dei rapporti giuridici all'interno dei sogni?): quando centinaia di milioni di persone trascorrono una parte significativa, se non addirittura prevalente, della loro vita sulla rete creandovi rapporti, gruppi, dinamiche sociali è difficile ignorare il fenomeno: *ubi societas, ibi ius*.

4. Alcuni interrogativi per lo studioso, il giudice, l'avvocato penalista

Di fronte alla rete il diritto penale – al pari di altre discipline giuridiche – si deve misurare con significative difficoltà. La prima delle quali è data dall'emersione di due, opposte, tendenze: da un lato, una neolatria tecnologica che porta ad esaltare la rete come un mondo totalmente nuovo, quasi extra-terrestre, nel quale nessuno o quasi dei paradigmi del passato sono applicabili. Come se la rete non fosse stata costruita da esseri umani, per altri esseri umani, che in questo mondo ed in questo tempo la utilizzano senza per ciò smettere di essere degli umani. Dall'altro, una incomprendimento delle peculiarità della rete, come se fosse una qualsiasi altra realtà emergente (per dire: mercati finanziari, sicurezza alimentare *et caetera*) da normare semplicemente applicando modelli collaudati da secoli.

Una visione più realistica e concreta fa emergere, invece, una serie di sfide che sono parte integrante del patrimonio di esperienze dello studioso e dell'operatore del diritto penale, i quali sono chiamati a riflettere e decidere oggi per i problemi di oggi.

In estrema sintesi esse possono condensarsi in alcuni interrogativi:

a) Il principio di legalità : come fa il legislatore penale ad inseguire l'evoluzione tecnologica, stretto fra l'obbligo della tassatività , il rischio della norma penale in bianco , o priva della necessaria determinatezza e il conseguente rischio della riedizione della supplenza del giudice penale, attraverso interpretazioni pervasive ? E' bene ricordare che proprio nei momenti storici di adeguamento della norma penale a fronte

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

delle svolte sociali ed economiche , si profila il maggior pericolo per il principio del divieto di analogia, naturale corollario del principio di legalità , consacrato dall'art. 25 Cost. A norme tecnicamente predisposte per una fattispecie si può accreditare una pericolosa elasticità ;il ricorso diffuso a quella forma estrema e limitrofa della interpretazione estensiva, può creare perplessità sul rispetto della linea di demarcazione, già di per sé sottile.

b) Il problema delle fonti: l'amplissima produzione tecnica e giuridica proveniente da fonti non nazionali (EU, Consiglio d'Europa *et similia*) può essere lecitamente utilizzata dal giudice per integrare la norma penale, sia nella definizione della fattispecie che nella individuazione dei beni giuridici meritevoli di protezione?

c) Il problema del giudice naturale: Internet , per le sue caratteristiche tecniche, ha ampliato la simultanea e generalizzata diffusione, da soggetti e da località non facilmente identificabili di immagini, di documenti di notizie , che, immesse in rete, divengono accessibili a tutti coloro che dispongono di un computer e di una linea telefonica. Come già anticipato, la delocalizzazione pone nuovi problemi sulla competenza territoriale , da risolvere con nuove regole procedurali e nuove interpretazioni di quelle già vigenti .

d) La certezza del diritto: come fanno i soggetti - in particolare le imprese - che vogliono (prima ancora che devono) operare nella legalità a conoscere la norma penale, adeguando preventivamente i loro comportamenti ?

e) L'effettività della sanzione: la transnazionalità della rete e la sua dimensione "virtuale" mettono in dubbio la tempestività e la effettività della sanzione penale. Quali possono essere le nuove soluzioni ? Una soluzione- vecchia e nuova allo stesso tempo - può derivare dalla rinnovata applicazione della regola generale, prevista dal secondo comma dell'art. 538 c.p.p., che legittima il giudice penale a completare la condanna dell'imputato al risarcimento del danno con la liquidazione del medesimo : è di tutta evidenza che la contestualità della sanzione penale e delle sue dirette conseguenze patrimoniali rafforza, se non addirittura, rende reale, l'effettività della prima.

Alla rapidità del danno ben può corrispondere la rapidità del risarcimento

Attorno a queste tematiche si muoveranno le relazioni della giornata di studi. Ad esse tuttavia è opportuno offrire alcune riflessioni preliminari.

5. Una visione unitaria della rete

Senza voler sposare la tesi della eccezionalità e non comparabilità dell'esperienza della rete, appare metodologicamente più appropriato ed appagante un approccio che la consideri nel suo insieme. Ponendo come

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

postulato l'esistenza di norme tecniche scarsamente permeabili all'intervento del giurista e concentrandosi sui soli aspetti del diritto, è facile avvedersi che si è di fronte ad un complesso di norme variamente posizionate nel diritto costituzionale, pubblico, amministrativo, internazionale, comunitario, commerciale, civile, industriale e, ovviamente, penale. Tali norme sono sia sostanziali che processuali/procedurali. Le loro fonti sono le più svariate ed includono anche le prassi e gli usi professionali e sociali. Non è possibile costruire un credibile e coerente "diritto penale della rete" se non si tengono presenti le altre sfaccettature del problema, non fosse altro perchè nessuno di essi è solidamente definito e dunque tutti i vari aspetti interagiscono fra di loro. Senza rinunciare alla indispensabile specialità delle singole discipline una visione olistica aiuta a risolvere meglio i problemi, e a non crearne di nuovi.

6. La funzione regolatoria del diritto penale

Ancorché si fondi su una solidissima tradizione teorica, la visione del diritto penale come "diritto sanzionatorio" (o, per taluni, "meramente sanzionatorio") fa perdere di vista la forte ed importante funzione regolatoria che svolge questa branca del diritto. I consociati, persone fisiche e giuridiche, in larga misura conformano le loro condotte in relazione ai comandi penalistici. Più le società diventano complesse, più tale ruolo si accresce. Soprattutto per quanto riguarda le imprese, le quali operano in un universo giuridico (si pensi solo all'incidenza del diritto tributario sulle scelte produttive ed organizzative), la dimensione penalistica è spesso un *prius* rispetto a tanti altri aspetti. Una volta che questa sia stata chiaramente evitata, si passa ad esaminarne gli altri. Vi è – e deve esservi – una coerenza fra le diverse regole e non può darsi che ciò che è lecito e consentito per il diritto amministrativo o civile, improvvisamente cada sotto i riflettori dell'azione penale. L'ovvia conclusione è che una singola sentenza penale (ma certe volte basta anche solo una indagine) per la sua preminenza sistematica (e per l'attenzione mediatica che spesso attira) ha effetti ben più pervasivi ed invasivi di un regolamento amministrativo. Il che sollecita l'interrogativo – non nuovo – se il giudice penale sia il soggetto posto nella migliore posizione per governare un settore della società e se in ciò non debba ricevere la indispensabile guida del legislatore, cui dovrebbero essere chiari sia l'insieme che gli interessi generali.

7. Diritti e valori nella rete

Anche a chi aderisce alla teorica del "diritto penale minimo" è chiaro che il diritto penale, se deve essere posto a tutela di diritti poziori, per questo solo fatto contribuisce a definire la gerarchia di tali valori. Nella rete quali sono? Il dominante principio di libertà (di comunicare, di esprimersi, di

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

associarsi, di partecipare) deve fare i conti con altri diritti: l'integrità psico-fisica, la proprietà, la personalità. Il diritto penale della rete partecipa al processo di individuazione della loro rilevanza nel mondo virtuale e nei momenti di contatto e di emersione in quello reale. Anche qui è difficile trascurare quanto emerge da altre prospettive: ad esempio il valore dell'oblio, oppure quello dell'accessibilità alla rete; la cittadinanza digitale o la creatività in rete.

8. L'insieme dell'apparato sanzionatorio

Il trasferimento sulla rete di una crescente porzione delle attività umane pone l'esigenza di individuare la panoplia dei rimedi nei confronti dei vari comportamenti e graduarne l'applicazione. Anche qui si avverte una perdita di centralità delle tradizionali sanzioni penali (in primo luogo la reclusione) e la progressione di sanzioni anticipatorie, inibitorie, ripristinatorie caratterizzate tutte dalla (relativa) rapidità e effettività. Si constata, ancora una volta, che il sistema sanzionatorio si distingue non tanto per il *nomen* che viene attribuito al rimedio o alla pena, quanto per la sede deputata alla irrogazione e per le procedure seguite. Il sistema, dunque, disegna un piano (ascendente o inclinato, a seconda delle prospettive) sul quale vengono a collocarsi le varie sanzioni, le quali non sono fra di loro nè rigidamente separate, nè necessariamente mutualmente escludenti. Le opzioni che si offrono per colpire comportamenti anti-sociali, ristorare i diritti lesi, deterrenza dalla azione o dalla reiterazione sono molteplici e solo una ingenua visione pan-penalistica può farle ignorare.

9. Uno scenario globale

Sarebbe, infine, opportuno considerare il forte intreccio che il diritto penale della rete ha con fenomeni di dimensione planetaria: la sicurezza delle infrastrutture di comunicazione elettronica, il ruolo delle reti nel radicale cambiamento di taluni regimi politici, il cyber-terrorismo etc. L'impotenza della più grande potenza al mondo – avvezza ad affrontare molti problemi con l'uso dissuasivo o effettivo della forza militare – nel caso c.d. Wikileaks è soltanto l'epifania della difficoltà che incontrano gli strumenti nazionali (e il diritto penale rientra fra questi) ad incidere sulla rete. La consapevolezza dei limiti del diritto può forse essere fonte di frustrazione, ma induce ad una maggiore sobrietà nell'affrontare le questioni difficili, evitando di immaginare che vi siano soluzioni magiche, e che il diritto penale sia la bacchetta del mago

10. Un tema delicato: la libertà di espressione sulla rete

Una particolare attenzione di dottrina e giurisprudenza, in tema di sanzioni anticipatorie e di incriminazioni, nel campo dei servizi telematici di comunicazione, è diretta sul quesito : è estensibile e in che

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

limiti all'informazione via internet il regime giudico *privilegiato* previsto per la stampa dalla nostra Costituzione ?

Il tema è stato affrontato principalmente in relazione all'individuazione dei responsabili degli illeciti perpetrati attraverso la rete, con particolare riguardo all'incriminazione del direttore del periodico telematico, a norma dell'art. 57 c.p. Questo articolo, come è noto, prevede la punizione a titolo di colpa del direttore del periodico che non impedisce che, tramite la pubblicazione del giornale, siano commessi reati.

Il problema si era già manifestato in relazione all'applicazione dell'aggravante complessa, prevista dall'art. 13 della legge sulla stampa dell'8 febbraio 1948 n. 47 ai fatti commessi per radio o per televisione. A fronte dell'evidente impossibilità di assimilare nel concetto di stampa il mezzo radiofonico e televisivo e dell'insuperabile ostacolo a tale estensione, derivante dal divieto di analogia nel diritto penale, la stridente disparità di trattamento *quoad penam* si è protratta, fino all'intervento del legislatore, che, con l'art. 30 co. 4 della legge n. 223/1990, ha disposto l'estensione dell'aggravante al delitto di diffamazione commesso con il mezzo della radio o della televisione.

Ugualmente, la ritenuta differenza strutturale tra i due strumenti di comunicazione e la pacifica vigenza del divieto di analogia, unito al principio di tassatività della norme incriminatrici penali, ex art. 25 Cost., hanno condotto concordemente dottrina e giurisprudenza ad affermare che al gestore telematico in genere e al direttore del quotidiano telematico in particolare non può essere applicata l'ipotesi di reato prevista dall'art. 57 c.p.

Non è inopportuno forse turbare questa armonia di opinioni, facendo riflettere che il conseguente *muro*, che involontariamente si viene a creare tra manifestazione del pensiero a mezzo internet e le garanzie previste dalla disciplina della stampa, può avere effetti negativi sul principio ex art. 21 Cost., tenuto conto della rapida espansione dell'utilizzazione di questo sistema, quale strumento di manifestazione e diffusione del pensiero, da parte di una crescente area di consociati.

E' bene ricordare che è solo la stampa ad essere sottratta, in base al secondo comma dell'art. 21 Cost., ad ogni forma di autorizzazione preventiva e di censura. E' bene ricordare – proprio alla luce di un'importante sentenza della terza sezione della S.C. – la n. 10535/2009 – che il terzo comma del medesimo articolo prevede specifiche garanzie alle quali è subordinata la possibilità di sottoporre a sequestro la sola stampa: una riserva di giurisdizione e una doppia riserva di legge assoluta e rinforzata. Merita massima attenzione la dottrina costituzionale, quando sottolinea, che a fronte dell'ipotesi di sequestro preventivo di diffusione della manifestazione del pensiero realizzata nell'ambito di un

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

sito internet, va rimarcato come la legge sulla stampa, cui fa riferimento l'art. 21, sia suscettibile di essere intesa come unica sede deputata alla previsione di delitti e delle norme per l'individuazione dei responsabili, che possano legittimare il sequestro.

Questa proposta di rivedere la coerenza costituzionale del *muro* tra internet e disciplina costituzionale della stampa non rimette in discussione la tesi contraria alla estensione della incriminazione ex art. 57 c.p. al dirigente di una testata giornalistica informatica..

Per escludere l'estensione non è necessario ricorrere alla diversità strutturale dei due sistemi, al divieto di analogia *in malam partem*, al principio di tassatività delle norme incriminatrici, essendo sufficiente – come fa intendere la sentenza sez. V, n. 35511/10 – prendere razionalmente atto, secondo una ragionevole considerazione (art. 3 Cost.) , che qualunque gestore telematico non ha “la possibilità di interferire sui testi che si leggono e si utilizzano”, non ha la possibilità di esercitare il controllo preventivo, ovvero, precedente alla pubblicazione, già realizzatasi con l'invio, da parte dell'autore, del messaggio illecito. Nel nostro sistema giuridico, manca dunque la figura di un direttore responsabile di un periodico *sui generis*, per mancanza di una norma speciale, a cui potrebbe imputarsi solo una responsabilità aquiliana, per *culpa in vigilando*.

Senza alcuna estensione dell'area dell'illecito penale, si può quindi abbattere il muro tra stampa ed internet riconoscendo, a fini garantistici, la possibilità di includere nella nozione di stampa la manifestazione del pensiero diffusa tramite internet.

L'art. 1 della legge n. 47 del 1948 specifica due caratteristiche della stampa: una riproduzione (tipografica o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici); la destinazione alla pubblicazione.

Quanto alla riproduzione, intendendola come potenziale accessibilità per tutti del contenuto dello scritto e focalizzando l'attenzione sulla strumentalità della riproduzione rispetto alla diffusione, sembra possibile concludere che la pagina web rappresenti in sostanza una copia - sia pure immateriale- dell'identico contenuto “prodotto” dall'autore dello scritto.

Quanto alla seconda caratteristica, è evidente che la riproduzione è destinata alla pubblicazione, diretta a una pluralità indistinta di soggetti.

Questa tesi della assimilabilità (e del conseguente rifiuto del *muro*) trova indiretta, ma inequivoca conferma nell'accostamento di due sistemi di informazione, previsto, sia pure ai limitati effetti dell'applicazione dell'art. 2 L 47/48, dall'art. 1 co. 1 L. 62/01, che dà una definizione molto ampia di “prodotto editoriale”, comprendente quello realizzato su supporto cartaceo o informatico, destinato alla pubblicazione o comunque alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo.

TESTO PROVVISORIO IN ATTESA DI INTEGRAZIONI

Conferma di estremo rilievo proviene poi dalla suindicata sentenza n. 10535/09, che, da un lato ,rifiuta un'interpretazione evolutiva della norma costituzionale, in base alla quale vanno inclusi nel concetto di stampa, acriticamente e indiscriminatamente, tutti i nuovi mezzi di comunicazione del pensiero; dall'altro accetta la necessità di una analisi dei singoli strumenti, all'esito della quale non esclude l'individuazione di caratteristiche compatibili con la tutela costituzionale prevista per la stampa.

E' quindi possibile concludere che il muro è eliminabile senza mettere in pericolo l'impunità penale per il direttore del periodico telematico ?

BOZZA