



LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN RETE: NECESSITÀ DI INTRODURRE NUOVE REGOLE

BARBARA MARUCCI

SOMMARIO: 1. Illecito civile in rete: definizione e ruolo del Provider, Servizi di Information end communication technology: cenni. - 2. Decreto legislativo n. 70/2003: mappa dei contenuti – 3. Responsabilità del provider alla luce del d.lgs. n. 70 del 2003. - 4. *Segue.* Regime della responsabilità del provider in dottrina – 5. *Segue.* E in giurisprudenza. - 6. La responsabilità penale e la responsabilità civile nel commercio elettronico: cenni.

1. Il quadro normativo inerente la responsabilità, e quindi l'illecito civile, in internet è da sempre alquanto complesso e lo scopo del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE, avrebbe dovuto essere quello di chiarirne alcuni aspetti giuridici. In realtà, come verrà evidenziato, il testo normativo presenta elementi di criticità proprio circa la responsabilità sulla responsabilità degli Internet Service Providers. La finalità del provvedimento, indicata all'art. 1, è quella di promuovere la libera circolazione dei servizi della Società dell'informazione e di definire una serie di disposizioni collegate al buon funzionamento del mercato, come ad esempio dettare disposizioni precise sulla posizione dei providers rispetto alla loro attività in rete e, più specificamente, rispetto ai contenuti informativi trasmessi attraverso di loro.

Preliminarmente, giova ricordare che per provider si intende un prestatore intermediario che esercita un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi tipici della società dell'informazione, ovvero: servizi di connessione, trasmissione ed immagazzinamento dei dati, spesso consistenti nell'ospitare un sito sulle proprie apparecchiature.

È oramai nota la differenza tra i diversi tipi di providers cui si fa semplicemente cenno¹: il server/access provider, che fornisce la connessione ad internet; il service provider, che permette l'accesso ed ulteriori servizi; il content provider, che veicola in rete i propri contenuti; i c.dd. providers istituzionali, come quelli che svolgono l'attività presso i centri cultura (tra questi si pensi alle Università dotate di strutture tecniche proprie, idonee ad

¹ Per una puntuale ricognizione, v. F. DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, 2002, Roma, 2002 p. 1 ss. *ad vocem*.



offrire l'accesso in rete); i providers amatoriali che, senza alcun fine di lucro, allestiscono strutture tecniche in grado di consentire il collegamento e la diffusione di materiali in rete; i providers professionisti, ovvero soggetti che svolgono l'attività per fini di lucro e, come tali, in possesso di un'adeguata organizzazione.

In base alla specifica attività svolta, si distinguono tre grandi categorie di providers all'interno delle quali si riscontrano differenti forme di deresponsabilità o, meglio ancora, responsabilità al negativo: l'attività di *mere conduit*, ex art. 14 d.lgs. 70/2003, ossia un'attività di semplice trasmissione di informazioni o di semplice fornitura di accesso alla rete, per la quale non è configurata alcuna responsabilità del provider, a meno che egli stesso non partecipi alla produzione delle informazioni o non le modifichi, oppure non selezioni direttamente il destinatario della trasmissione; l'attività di *caching*, ex art. 15 d.lgs. 70/2003, che consiste nella memorizzazione temporanea o transitoria delle informazioni trasmesse, per la quale pure non sussiste responsabilità, a meno che il provider non intervenga direttamente sulle informazioni ospitate; da ultimo, l'attività di *hosting*, consistente nella memorizzazione stabile delle informazioni, ex art. 16 d.lgs. 70/2003, per la quale è prevista una responsabilità da parte del provider se è conoscenza del contenuto illecito dei dati e/o dei servizi erogati attraverso i propri server e se, una volta a conoscenza, non interviene prontamente a rimuoverli². Sul punto pare opportuno fornire una precisazione e cioè che il legislatore del 2003, nel recepire la direttiva 2000/31, è andato oltre il contenuto della fonte comunitaria poiché quest'ultima non prevede che l'obbligo del provider di rimuovere le informazioni o di disabilitarne l'accesso nasca a seguito di apposita comunicazione da parte delle autorità competenti³ così come, invece,

² Sulle tre distinte attività svolte dal soggetto intermediario e le relative responsabilità, v. diffusamente M.L. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, p. 271 ss.

³ La direttiva all'art. 14, comma 1, lettera b) stabilisce che il provider non sarà ritenuto responsabile se «non appena al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Questo concetto è già previsto all'interno del Considerando n. 46 della direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico che recita testualmente: «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite». La norma al punto n. 3 precisa poi che «Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine, nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle



l'inciso inserito all'art. 16, comma 1, lettera *b*) della legge di recepimento che recita testualmente «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.»

I servizi della società dell'informazione⁴ possono articolarsi nella trasmissione dell'informazione tramite una rete di comunicazione; nella fornitura di accesso ad una rete di comunicazione; oppure nello stoccaggio delle informazioni⁵. Sono considerati servizi della SI, peraltro specificamente enunciati nell'art. [2 d.lgs n. 70/2003](#) e nel Considerando 18 della direttiva sul commercio elettronico, tutti quei servizi *on demand* o punto-punto, ovvero quelli effettuati su richiesta. Gli altri servizi informativi del tipo radiodiffusione televisiva, ai sensi direttiva 89/552/Cee, e radiodiffusione sonora, non vengono considerati servizi informativi della Società dell'informazione in quanto non sono forniti su richiesta dei soggetti. Su questa sottile distinzione si basa anche la differente regolamentazione prevista tra rapporti C2C (*Consumer to Consumer*) e B2C (*Business to Consumer*), nel senso che il legislatore ha sottratto i servizi C2C dalla sfera di applicazione del d.lgs n. 70/2003, in quanto l'impiego della posta elettronica o di altre comunicazioni elettroniche equivalenti da “parte di persone fisiche che operano al di fuori della loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale, non rientrano nella categoria sei servizi della società dell'informazione”⁶. Inoltre, i servizi della società dell'informazione comprendono sia le attività economiche svolte *on line*, sia una serie di servizi che non sono remunerati anche se, comunque, rientrano nell'ambito di un'attività economica, come ad esempio l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali oppure la fornitura di strumenti per la ricerca o l'accesso di dati⁷.

Nel servizio di *hosting* offerto dall'Internet provider⁸ ai propri utenti per svolgere attività in rete, la proprietà delle apparecchiature informatiche è dell'utente o, qualora di proprietà dell'IP, vengono dedicate esclusivamente alla sua attività. Le proposte dell'IP si completano con l'offerta di ulteriori servizi aggiunti o accessori che variano a seconda delle ipotesi di *hosting* e che

medesime.» (Paragrafo modificato dall'avviso di rettifica pubblicato sulla G.U.C.E. n. L 285 del 23.10.2002).

⁴ D'ora in poi indicata con l'acronimo SI.

⁵ A. SIROTTI GAUDENTI, *Commento al dlgs n. 70 del 2003*, in *Guida al diritto* *IlSole24Ore*, 24 maggio 2003, n. 20, p. 32 ss.

⁶ A. SIROTTI GAUDENTI, *o.c.*, p. 33.

⁷ M. GENTILE, *Per il prestatore nessuna autorizzazione preventiva*, in *Commento al dlgs n. 70/2003*, in *Guida al diritto*, *IlSole24Ore*, 24 maggio 2003, p. 35.

⁸ D'ora in poi indicato con l'acronimo IP.



vengono opportunamente regolamentate di volta in volta. Così, la previsione di servizi applicativi via internet ed i servizi accessori che riguardano la registrazione dei nomi a dominio, oppure i servizi che riguardano la gestione della sicurezza dei dati o la registrazione presso i motori di ricerca nel caso il proprio utente svolga attività di e-commerce⁹.

2. L'art. 1 del d.lgs. n. 70/2003, come accennato, è volto a promuovere la libera circolazione dei servizi nella società dell'informazione ed il commercio elettronico, in vista dell'attuazione di un vero e proprio mercato interno globale/unico, in cui si attui un alto livello di integrazione comunitaria legislativa¹⁰, indicando all'art. 5 le motivazioni per cui siffatta libertà di circolazione può essere limitata¹¹.

All'art. 2 del d.lgs. 70/2003 vengono fornite una serie di definizioni che riguardano: i c.dd. servizi della società dell'informazione e cioè tutte le attività economiche svolte in linea, per via elettronica, prestate normalmente dietro retribuzione; il prestatore di servizi che il legislatore definisce come "la persona fisica o giuridica che svolge un servizio *Information end cominication technology*¹²"; il destinatario ed il consumatore, e cioè coloro che utilizzano tali servizi; le comunicazioni commerciali, da intendersi come tutte quelle forme di comunicazione destinate, direttamente o indirettamente, a promuovere l'attività di un'impresa o di un libero professionista¹³.

Altro principio enunciato nel d.lgs n. 70/2003 è quello dell'obbligo di informativa, comprensivo sia delle informazioni generali (artt. 7-10), sia di quelle inerenti la conclusione del contratto (art. 12)¹⁴. Quest'ultima norma

⁹ Cfr. ampiamente M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., *passim*, spec. p. 24 ss.

¹⁰ Sono esclusi dalla sfera di operatività del presente decreto tutti i rapporti elencati al comma 2 dell'art. 1.

¹¹ Si fa riferimento all'ordine pubblico; alla tutela della salute pubblica; alla pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale; alla tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori.

¹² D'ora in poi indicato con l'acronimo ICT.

¹³ Non vengono considerate comunicazioni di tipo commerciale quelle informazioni che consentono un accesso diretto all'attività dell'impresa, come ad esempio i domain names o l'indirizzo di posta elettronica.

¹⁴ Sugli obblighi informativi, cfr. S. SICA, *Il contratto «nella rete»*, in G. Comandè - S. Sica, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 49, il quale parla di una vera e propria *lex generalis* delle informazioni precontrattuali nell'e-business; C. ROSSELLO, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, p. 35 ss.



contiene ulteriori regole sulle modalità di conclusione dei contratti on line¹⁵ con un'attenta elencazione di informative a tutela del consumatore (sono, quindi, regole specificamente previste per i contratti di tipo B2C) quali: l'elencazione delle fasi tecniche attraverso cui il contratto si conclude; i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; la lingua a disposizione; gli strumenti di risoluzione delle controversie.

Gli artt. 14, 15 e 16 del decreto n. 70, contemplan le diverse forme di responsabilità degli operatori on line, enunciando, come accennato, una sostanziale deresponsabilizzazione dell'IP¹⁶. Quindi, *ex art.* 17 d.lgs. 90/2003, viene stabilito che il provider, nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 14, 15 e 16, non è assoggettato a nessun obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. La norma precisa, tuttavia, che gli Stati membri possono stabilire che il prestatore è comunque tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; nonché a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. Il comma 3 della norma appena citata stabilisce che «Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del

¹⁵ Sono esclusi dalla sfera di applicazione di tali regole, *ex art.* 12, comma 3, del d.lgs. 70/2003 i contratti conclusi mediante scambio di messaggi di posta elettronica. Il decreto in esame non si applica, inoltre, a tutta una serie di contratti espressamente elencati all'interno dell'art. 11. Sul punto, v. E. TOSI, *Contrattazione telematica e conclusione del contratto virtuale*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, cit., p. 97 ss.

¹⁶ P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 662, ha affermato che la direttiva comunitaria avrebbe tracciato una sorta di "statuto" dell'irresponsabilità degli intermediari di Internet; più tardi, v. SICA SALVATORE, STANZIONE PASQUALE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, *passim*, v., inoltre, nello stesso senso G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di A. PALAZZO, U. RUFFOLO, Milano, 2002, p. 137 s.; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 829 ss., spec. p. 834, parla di una vera e propria "immunità condizionata".



contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente.».

È proprio su quest'ultima norma che si sono concentrate le critiche più forti in quanto è parso difficile fornire una corretta interpretazione ed applicazione della norma senza correre il rischio al tempo stesso di attribuire al provider una funzione che va oltre il dettato normativo, ossia quella di “giudice-poliziotto”.

Ci si chiede, inoltre, cosa si intenda per “venire effettivamente a conoscenza”. Se, cioè, sono necessari atti ufficiali che rendano edotto il provider sulla illiceità di contenuti (ad esempio una notifica tramite ufficiale giudiziario, oppure un atto di diffida, oppure la conoscenza di una sentenza che dichiara la illiceità di una informazione o di una attività o altro ancora) oppure se è sufficiente che il provider venga semplicemente a conoscenza della loro esistenza attraverso un'e-mail anonima a lui indirizzata, oppure una telefonata, o, ancora, tramite una notizia letta sulla stampa, tutto ciò al fine di considerare il provider “corresponsabile” dell'illecito. La responsabilità, in questi casi, consisterebbe non tanto nel concorso all'illecito ma nell'«aver diffuso o concorso a diffondere una informazione unilateralmente classificata come illecita a prescindere dalle finalità perseguite da chi le rende disponibili»¹⁷.

Altro problema è quello di stabilire quando un'informazione è illecita perché ciò può dipendere dall'uso che di essa viene fatto altrimenti, come taluno ha affermato, si correrebbe il rischio di «porre sullo stesso piano lo studioso di farmacologia che pubblica i risultati di una ricerca scientifica sulla sintesi di sostanze psicotrope ed il delinquente che fa circolare gli stessi contenuti per scopi criminali»¹⁸.

Nell'articolo 18, il legislatore ha voluto ribadire l'importanza che nella ICT rivestono i codici di condotta¹⁹, fatto salvo il loro carattere di volontarietà,

¹⁷ A. MONTI, *Rete, leggi e processi. Vita dura per le imprese Parte Seconda - Hosting e responsabilità per contenuti illeciti*, in *WebMarketing Tools* 53/02, www.andreamont.net e ALCEI, *Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001*, del 19 giugno 2002, in <http://www.interlex.it/regole/alcei13.htm>

¹⁸ ALCEI, *o.l.c.*

¹⁹ Tali CdC (codici di condotta), ex art. 18, d.lgs. 70/2003 e considerando 49 direttiva 2000/31/Ce, devono essere redatti ed inoltrati al Ministero delle attività produttive (che dal 2006, con il Governo Prodi II, acquisisce le competenze del Dipartimento Coesione e Sviluppo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, diventando così Ministero dello Sviluppo Economico) e alla Commissione Europea, devono essere scritti in almeno tre lingue (italiano, inglese ed un'altra lingua della Ue) ed in essi deve essere garantita la protezione e la tutela dei minori e la dignità della persona in genere. Sul tema, v. G. SANTOSUOSSO, *L'autoregolamentazione e i codici di condotta*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, cit., a cura di C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO, E. TOSI, p. 149 ss.;



nel senso che non c'è obbligatorietà nella loro adozione; tuttavia vengono, indubbiamente, incoraggiati e favoriti. Si propongono, quindi, come fonti normative del commercio elettronico di tipo *reflexive law* (o *soft law*), con aspetti nuovi di “normativa interprivatistica” a causa della loro natura di autoregolamentazione, e sostanzialmente carenti della natura impositiva, in linea, se si vuole, con il mondo estremamente duttile dell'internet²⁰.

L'articolo 19 del d. lgs. 70/2003 prevede forme di risoluzione delle controversie più snelle ed adatte alle ICT, come le c.dd. ADR on line²¹, nate nei sistemi di *common law* e pensate per la soluzione dei conflitti relativi ai consumatori. Attraverso gli ADR viene riconosciuta la possibilità per le parti (prestatore di servizi ed utente) di adire organi extragiudiziali di composizione delle controversie. Come evidenziato da autorevole dottrina «Le ADR non rappresentano, come ormai pacificamente riconosciuto, soltanto una modalità per deflazionare il contenzioso, ma rappresentano una risposta alla necessità di un cambio di paradigma che valorizzi la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti»²².

La EEJ-Net è strettamente collegata agli ADR; di fatto, rappresenta la rete europea extragiudiziale delle controversie, attiva in ogni Stato membro dell'Ue ed è ad questa rete che vengono comunicati gli ADR operativi nell'Ue. Questa *net* ha un ruolo importante perché crea una struttura a disposizione dei consumatori e dei cittadini europei che possono ricorrervi per comporre le proprie vertenze commerciali²³.

²⁰ In argomento, cfr. V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012, p. 1279 ss. ed *ivi* ampia bibliografia.

²¹ *Alternative Dispute Resolution*. Cfr. Parere della X Commissione parlamentare che valuta positivamente l'opportunità di coinvolgere in questa attività gli organismi di conciliazione delle Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura in considerazione della loro esperienza già acquisita in campo.

²² G. AUTORINO STANZIONE, *Le ADR. profili generali*, in www.comparazionediritto.it, 2001; v. poi G.M. RICCIO, *Commercio elettronico, aste telematiche ADR e tutela dei consumatori*, *ivi*, 2010; in tema di nuove tecniche di conciliazione, si veda altresì P. GIANNITI e R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012, p. 602 ss.

²³ European Extra Judicial Network. Il sito della EEJ-Net è <http://www.eejnet.org>; la EEJ-Net deve necessariamente mettere in relazione fra loro i vari organi extragiudiziali operanti negli Stati membri. In questa ottica di “*net*”, gli stessi organi extragiudiziali devono comunicare le proprie decisioni in materia, sia alla Commissione europea, sia ai Ministeri competenti dei singoli Stati membri. Ciò è finalizzato a far sì che circolino tutte le informazioni, le consuetudini e gli usi relativi al commercio elettronico e venga in questo modo a consolidarsi una prassi giurisprudenziale *ad hoc* sulla materia.



Il d.lgs. 70/2003 si conclude con un apparato sanzionatorio contemplato all'art. 21, in cui le violazioni previste sono quelle relative al mancato rispetto degli obblighi indicati negli artt. 7-10 e 12 la sanzione prevista è quella amministrativa pecuniaria che va da 103 a 10.000 euro, salvo che il fatto costituisca reato

3. Come accennato, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 70/2003, non sembra si possa affermare che il problema della responsabilità dell'IP sia stato risolto, posto che il provvedimento mira a soffermare l'attenzione sulle ipotesi di non coinvolgimento dell'IP. Questa tendenza è, peraltro, diffusamente riscontrabile a livello europeo avendo le proprie radici nel diritto tedesco (TDG=*Teledienstgesetz*) volto ad accertare, appunto, la "irresponsabilità" del provider, regolamentando l'attività dello stesso in negativo e stabilendo, quindi, le ipotesi in cui questi non possa essere considerato responsabile²⁴.

Il provvedimento sopra citato elenca una serie di casi (definiti "clausole di esonero tipizzate"²⁵) in cui il soggetto non viene chiamato a rispondere dei danni causati dalla sua attività e che possono riassumersi nel concetto secondo il quale "per essere considerato privo di responsabilità, il provider non deve in alcun modo essere coinvolto nell'informazione trasmessa".

Per risalire alla responsabilità del provider alcuni autori²⁶ hanno analizzato una serie di fattori legati sia al tipo di provider ed alla sua attività, sia al tipo di illeciti che possono venire in esistenza in rete. Sarebbe, pertanto, opportuno valutare di volta in volta, se si fa riferimento all'attività di *access provider*, di *hosting provider* oppure di *content provider* ed, inoltre, analizzare la tipologia dell'illecito concretizzatosi, ossia se si è di fronte ad un illecito avvenuto "per mezzo" di internet, oppure, perpetrato "contro" internet.

Nella ipotesi dell'*access provider*, in grado di fornire il mero accesso alla rete, e di *hosting provider*, in cui si permette anche l'utilizzo di un proprio spazio

²⁴ Per un confronto con l'esperienza americana e tedesca, v. L. BUGIALOCCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2000, p. 836 ss.; G. POGGIO, *La responsabilità dell'internet provider*, in *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di A. PALAZZO, U. RUFFOLO, cit., p. 183 s.; in argomento, v., inoltre, A. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, p. 529 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; E. TOSI, *Diritto Privato dell'informatica, I beni-I contratti-Le responsabilità*, Milano, 2006, p. 116 ss.

²⁵ S. SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, in Aa.Vv., a cura di E. TOSI, in "Diritto delle nuove tecnologie", collana diretta da V. Franceschelli e E. Tosi, Milano, p. 279 ss., spec. p. 301 s.

²⁶ V., ad esempio, S. SICA, *o.l.u.c.*



internet all'utente per la creazione di siti, o comunque idoneo a contenere e a diffondere informazioni, i possibili illeciti sono quelli "tipici" dei gestori della rete, come, ad esempio, l'irregolare registrazione di un nome a dominio. La responsabilità che ne deriva può, quindi, essere sia di tipo contrattuale, se alla base del rapporto "violato" c'è un contratto fra le parti, sia di tipo extracontrattuale, nell'ipotesi in cui vi sia un fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto.

Diversa è la posizione di un *content provider* che interviene direttamente sul contenuto e sulle informazioni diffuse in rete. In questo caso il provider potrà essere ritenuto responsabile degli illeciti che vengono ad esistenza per mezzo di Internet, posti in essere utilizzando il *medium*, ossia la rete²⁷. Ne sono esempi: la diffamazione (attraverso internet) la violazione dei dati personali (privacy), la truffa, la contraffazione, la concorrenza sleale o la violazione della tutela del consumatore (commercio elettronico). Le conseguenti responsabilità dipendono dagli illeciti commessi: pertanto, nel caso di contraffazione si applicheranno le norme a tutela dei segni distintivi, per l'attività confusoria²⁸ quelle della concorrenza sleale e così via.

Una parentesi specifica merita l'ipotesi di violazione della tutela del diritto d'autore che si concretizza quando l'utente carica/scarica in rete o dalla rete, materiale altrui senza autorizzazione. Ci si chiede se la responsabilità sorga in capo all'utente della rete che commette l'illecito, oppure al provider, o ad entrambi ed, eventualmente, quale natura abbia la responsabilità del provider. La dottrina sembra voler distinguere fra il provider che fornisce un semplice servizio di *housing*, e cioè un mero vettore di informazioni che come tale non viene considerato responsabile²⁹, e quello che fornisce un servizio di

²⁷ Nel caso di contraffazione, le attività di questo tipo sono quelle che forniscono beni o servizi contrassegnati da marchio altrui (ad esempio il *framing* oppure il *domain grabbing*). E' classico il caso della registrazione del domain name identico o simile ad un marchio altrui. A tale proposito, la prassi giurisprudenziale ha creato un principio ormai consolidato e secondo il quale: a) se il marchio altrui gode di rinomanza la registrazione da parte di terzi estranei del corrispondente domain name viene considerata illecita, indipendentemente dal fatto che vi sia identità o somiglianza dei prodotti o dei servizi offerti; b) se, invece, il marchio non gode di rinomanza il corrispondente domain name è considerato illecito se vi è una identità o una affinità dei prodotti offerti o del settore merceologico in cui si opera oppure se la registrazione del domain name è stata fatta in mala fede nell'intento di lucrarsi successivamente cedendolo allo stesso titolare del marchio (c.d. domain grabbing).

²⁸ Un'altra ipotesi in cui è chiamata in causa una tipica attività dell'ICT è quella legata al *maintener*, ossia un fornitore di servizi che ha un contratto con il Registro in base al quale può gestire i domini .it in modalità asincrona, v. in merito il sito del Registra, <http://www.nic.it/maintainer/chi-sono-i-maintainer>.

²⁹ In tal senso non hanno ritenuto responsabile il provider per violazione di diritto d'autore compiuta a mezzo di pagina Web in quanto si era limitato a concedere all'utente responsabile il mero accesso alla rete: Trib. Cuneo, 27 luglio 1997, in *Giur. Piemontese*, 1997, p.



hosting in cui si configurerebbe una sua responsabilità qualora contribuisca direttamente e consapevolmente alla pubblicazione dell'opera tutelata o ne abbia, comunque, consentito la pubblicazione³⁰.

Diverso è il caso in cui l'utente pubblichi in rete materiale originale proprio, in tale ipotesi è bene ricordare che le opere di qualsiasi tipo, anche quelle create e/o fruibili in rete, sono tutelate dalla normativa sul diritto d'autore, siano esse siti web, complesse opere multimediali, immagini fotografiche, giornali on line, programmi per elaboratore e banche dati.

Ritornando al ruolo specifico dell'*hosting provider* alcuni autori hanno evidenziato come l'evoluzione dei servizi di *hosting* possa incidere sul regime di responsabilità.

Le stesse ICT hanno contribuito alla diffusione di "grandi aggregatori di contenuti" (come ad esempio i motori di ricerca, ampiamente utilizzati dagli utenti della rete) che coinvolgono gli *host providers* sotto due aspetti. Il primo, fa riferimento all'ampliamento dell'offerta di *hosting* che spesso si arricchisce di servizi aggiunti; il secondo, alla memorizzazione dei dati sui propri *server*, memorizzazione che, se permanente o comunque di lunga durata, vanifica di fatto ogni giustificazione di non-conoscenza dal parte del *provider* (o fornitore di servizi) dei contenuti. Entrambe le ipotesi prospettate compromettono la "neutralità" dell'ISP, condizione, quest'ultima, necessaria per invocare l'esonero di responsabilità di cui al d.lgs. 70/2003. Diversamente, ovvero nelle

493; sulla scia Trib. Roma, 4 luglio 1998, in *Dir. inform. ed informatica*, 1998, p. 807, con nota di P. COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'autorità giudiziaria (ancora a proposito degli attori d'Internet)*, p. 811, il quale ha specificamente esonerato il provider da qualsiasi forma di responsabilità qualora si limiti a mettere a disposizione, senza alcun potere di controllo o vigilanza sugli interventi inseriti, di un newsgroup (peraltro non moderato) uno spazio che ne consenta l'attività di discussione. Tuttavia, si potrebbe prospettare la responsabilità del provider in riferimento a previsioni contrattuali (di accesso ad Internet tra provider ed utente) oppure, in assenza, si potrebbe invocare una responsabilità derivante da svolgimento di attività pericolosa del tipo previsto dall'art. 2050 c.c.. Posizione, quest'ultima, condivisa da una sentenza della Corte di Appello di Parigi, 10 febbraio 1999, che diede adito a qualche perplessità, in quanto riconobbe la responsabilità del provider che offre un semplice accesso alla rete in forma anonima, senza forme di restrizione di accesso o comunque senza attuare un minimo controllo, a proposito di questa sentenza, v. i commenti di: G.M. RICCIO, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, in *Dir. inform. ed informatica*, p. 926 ss., e F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider (Corte d'Appello di Parigi, 10 febbraio 1999)*, in *Danno e resp.*, 1999, 4, p. 754 ss. Per ulteriori approfondimenti ed interessanti spunti critici, si rinvia M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Milano, 2010, p. 136 ss.

³⁰ Per la trattazione di questo aspetto, cfr. § 4.



ipotesi in cui il provider non possa vantare forme di neutralità, resterebbe la possibilità che questi risponda dell'illecito *ex art.* 2043 c.c.³¹.

Fonte di responsabilità del *content provider*, che fa sorgere l'obbligo al risarcimento dei danni patrimoniali e non, è rappresentata dalla violazione della privacy. È lecito il trattamento dei dati personali in internet purché vengano rispettate dal *provider* le condizioni già previste dalla normativa a tutela del trattamento dei dati, e cioè: informativa all'interessato; finalità del trattamento comunicata allo stesso; obbligo di aggiornamento dei dati e di messa in sicurezza degli stessi e diritto all'oblio con la cancellazione dei dati³².

L'altro aspetto, inerente le ipotesi di responsabilità dell'IP per illeciti contro internet, riguarda i comportamenti di terzi volti ad alterare il regolare funzionamento della rete ed in cui il *provider* assume o un atteggiamento definito "passivo", ma comunque determinante, oppure un atteggiamento "attivo". Per la prima ipotesi, si pensi a tutte quelle attività non autorizzate che intralciano l'operato degli altri utenti, come, ad esempio, gli attacchi ai sistemi informatici ed in cui il provider non riesce a contrastare o ad arginare il fenomeno dannoso; per la seconda ipotesi, invece, si fa riferimento agli illeciti commessi dallo stesso *provider* vedi i casi di sospensione o interruzione di servizi, nonché i fatti dannosi compiuti in rete da un anonimo non individuabile per responsabilità dell'IP che non ha provveduto, ad esempio, al controllo di accesso e all'identificazione dei propri utenti.

Vi sono ipotesi in cui anche l'atteggiamento "inerte" tenuto dall'IP fa sorgere in capo a questi una responsabilità di tipo contrattuale se alla base vi è, ovviamente, un accordo che regola i rapporti fra provider ed il proprio utente ed in cui quest'ultimo subisce danni dovuti a disservizi del provider inadempiente. Se nel contratto sono presenti clausole di esonero da responsabilità queste sono sottoposte all'art 1229 c.c. per cui il provider sarà liberato da responsabilità se dimostrerà che il disservizio si è verificato per circostanze non prevedibili e da lui non governabili³³.

³¹ Così: L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1997 ss.

³² Sul diritto all'oblio, si rinvia al § 5.

³³ Sulla validità delle clausole di esonero della responsabilità da parte del gestore, v. S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2714 ss., spec. p. 2721, i quali evidenziano profili di iniquità, oltre che di incompatibilità, delle stesse clausole rispetto all'art. 1229 c.c. ed ai precetti di buona fede, nonché rispetto all'esigenza di assicurare all'utente un minimo impegno diligente da parte del gestore della piattaforma; si darebbe luogo, così, secondo gli AA., ad una facile contrattualizzazione dei profili extracontrattuali dei rapporti tra gestore e utente con l'intenzione di annullare quasi completamente i rischi connessi alla gestione della piattaforma in un quadro squilibrato per l'utente, giustificato dalla gratuità del servizio; nello stesso senso già: S. SICA – N. BRUTTI, *Internet e commercio elettronico: la responsabilità civile*, in *Studi di diritto della*



4. *Segue*. Stabilire il tipo di responsabilità da imputare all'IP è, dunque, complicato e dipende da due fattori strettamente collegati all'ambiente Internet: il primo riguarda la possibilità di agire in anonimato (e quindi la difficoltà o addirittura l'impossibilità, a volte, di identificare l'autore dell'illecito); il secondo consiste nella oggettiva difficoltà di monitorare gran parte dei dati trasmessi in rete. Queste due caratteristiche si contrappongono alla necessità che il diritto ha di assicurare le istanze risarcitorie a colui che subisce ingiustamente un danno. Un'esigenza talmente forte per il nostro ordinamento che il diritto sembra spingersi « a ricercare “ad ogni costo” i soggetti su cui far gravare l'obbligo di risarcimento»³⁴, così da non lasciare il danneggiato privo di copertura giuridica.

D'altra parte la virtualità di Internet se, da un lato, crea normali problemi per l'applicazione del diritto tradizionale *sic et simpliciter* alla nuova realtà; dall'altro, è in grado di provocare consistenti danni ai soggetti, danni tutt'altro che virtuali e che sono frutto di una serie di illeciti che, come accennato³⁵, spaziano dalla diffamazione, alla violazione della privacy, dalla concorrenza sleale, alla violazione del diritto d'autore, di marchi e brevetti ecc.

Il tema della responsabilità degli *Internet Service Providers* per fatto illecito dell'utente è stato oggetto di diversi studi con punti di vista logicamente differenti e, per questa ragione, sembra utile procedere ad una breve disamina delle tesi elaborate e via via succedutesi anteriormente, nonché successivamente, all'entrata in vigore della direttiva sul commercio elettronico. Preliminarmente, comunque, ci pare condivisibile la premessa secondo la quale «Considerare i provider immuni da qualsivoglia responsabilità per le attività commesse da chi per loro tramite accede alla rete significa rinunciare ad avvalersi dell'unico strumento oggi a disposizione per controllare la rete»³⁶.

comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione, Padova, 2009, a cura di V. D'ANTONIO, S. VIGLIAR, p. 121 ss., spec. p. 133 ss.; degli stessi AA. si ricorda altresì: *La responsabilità in internet e nel commercio elettronico*, in Giovanna Visintini - *I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, p. 503 ss.

³⁴ Testualmente A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 143 ss., spec. p. 144.

³⁵ *Infra* § 3.

³⁶ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, p. 126 e s., il quale afferma pure, tuttavia, che «per altro verso, considerare il provider in ogni caso responsabile per le attività realizzate dai soggetti cui ha fornito accesso alla rete significa addossare allo stesso il ruolo di «assicuratore», un fardello talmente pesante che di fatto scoraggerebbe chiunque dall'intraprendere quel tipo di attività, con la conseguenza di far scomparire chi alimenta la connettività della rete, o, quanto meno, di incoraggiare lo stabilimento dei provider nei paesi che accordano loro il regime più favorevole».



In un primo momento si è tentato di applicare ai provider un regime di responsabilità oggettiva, in cui com'è noto un soggetto risponde per i danni a prescindere dal fatto che questi derivino da un suo personale comportamento e, dunque, a prescindere dal dolo o dalla colpa. Il fondamento di una simile responsabilità è stato spiegato via via in maniera diversa: la si è ricondotta all'interno della più generale responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.), quindi a quella collegata ai danni causati da cose in custodia (*ex art. 2051 c.c.*) e, da ultimo, ad una responsabilità per *culpa in vigilando* *ex art. 2049 c.c.*

Partendo dalla responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., è noto come l'elemento caratterizzante della stessa sia la c.d. pericolosità, intendendo con questo termine, un'attività con una intensa probabilità di produrre danni a terzi. Bisogna, quindi, verificare la possibilità di trasporre il contenuto della norma all'attività del provider al fine di accertare se questa possa essere considerata pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. oppure no. Non essendo state tipizzate da parte del legislatore le attività pericolose, la valutazione della pericolosità è rimessa all'interprete attraverso un'indagine sulla condotta tenuta dal soggetto che ha posto in essere l'attività. Ci si chiede, allora, se le nuove tecnologie (e soprattutto internet) rientrino nell'ambito del concetto di "attività pericolosa". Entra in gioco, a questo punto, anche il concetto di pericolosità inteso in senso lato, alla luce del quale si può considerare pericolosa anche l'attività di impresa particolarmente "impegnativa" al punto da richiedere all'imprenditore l'assunzione del "rischio" per il suo svolgimento. Un rischio dovuto alla eventuale impossibilità di svolgere la propria attività d'impresa senza riuscire a fornire un'adeguata sicurezza e, quindi, ad essere abbastanza diligente da prevedere tutte quelle misure idonee ad evitare il verificarsi dei danni alla collettività e dove l'esercente l'attività pericolosa può liberarsi dalla presunzione di responsabilità solo se dimostra di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso³⁷.

L'intento sarebbe, allora, di soddisfare una doppia tutela: da un lato, quella del diritto del singolo imprenditore a svolgere una libera attività economica e, dall'altro, quella della collettività che deve essere protetta da qualsiasi danno che siffatta attività potrebbe procurarle. Tuttavia, non sembra che il disposto normativo dell'art. 2050 c.c. possa essere preso a prestito per disciplinare la responsabilità del provider in quanto, come è stato spiegato, «i servizi offerti on line pure ad utenti anonimi, non hanno normalmente nulla di pericoloso perché non sono strutturalmente rivolti a realizzare danni né producono statisticamente un certo rischio da considerarsi inevitabile per la

³⁷ In giurisprudenza, v. *ex multis*, Trib. Roma, 4 luglio 1998, cit., p. 807; Trib. Roma, 22 marzo, 1999, *ivi*, 2000, p. 66.



natura del servizio stesso»³⁸. Sempre secondo tale dottrina, una determinata attività deve risultare intrinsecamente pericolosa, per cui la pericolosità non può desumersi né da circostanze straordinarie ed imprevedibili, né dall'uso che del servizio viene fatto da parte di soggetti terzi rispetto a chi dovrebbe essere chiamato a rispondere dei danni. Inoltre, è stato osservato che tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva sono accomunate dal fatto che esse presuppongono un effettivo potere di controllo sull'attività oggetto di tutela³⁹, mentre ciò non è tecnicamente possibile nel caso di specie perché la prova di aver adottato tutte le misure dirette ad evitare il danno sarebbe soddisfatta soltanto dalla dimostrazione da parte del provider di aver adottato un sistema di vigilanza che lo stesso art. 17 del d.lgs. 2003/70 esclude.

Non è sembrato convincente neppure il ricorso alla responsabilità dei danni causati da cose in custodia in quanto mancano i presupposti della disponibilità materiale del bene e del potere di controllo da parte del soggetto al quale si vorrebbe imputare il danno in qualità di custode.

Nella previsione non poteva mancare l'ipotesi in cui l'evento dannoso si verifica a causa di comportamenti commessi dall'utente, come nel caso in cui un utente anonimo effettui affermazioni dannose nei confronti di terzi. In questo contesto si è cercato di individuare a che titolo sorga la responsabilità del provider per le violazioni commesse dagli utenti del proprio server e la conclusione è stata quella di equiparare il ruolo del provider a quello del direttore responsabile di un organo di stampa. La responsabilità dell'IP consisterebbe in una *culpa in vigilando* paragonando internet ad una testata giornalistica ed il *provider*, appunto, ad un editore o direttore di testata (responsabile dei contenuti del sito da lui gestito); il presupposto sarebbe rappresentato dall'inadempimento dell'obbligo di controllo preventivo che graverebbe sul provider per i contenuti memorizzati sul server, responsabilità dalla quale il provider sarebbe esonerato nel momento in cui fosse in grado di dimostrare di aver fatto tutto quanto possibile per evitare l'illecito. Una delle prime pronunce che applicò il concetto di *culpa in vigilando* considerando Internet un organo di stampa fu quella del Tribunale di Napoli⁴⁰, emessa in

³⁸ F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, p. 829 ss., spec. pp. 837-838; in giurisprudenza, v. Trib. Bologna, 26 novembre 2001 con sentenza inedita, ha affermato che l'attività svolta dall'ISP (Internet Service Providers) non appare in sé oggettivamente ed intrinsecamente fonte di pericolo.

³⁹ P. PIRRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2591 ss., spec. p. 2597.

⁴⁰ Trib. Napoli, ordinanza 8 agosto 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 259, ha affermato che la rete Internet, quale sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche, è equiparabile ad un organo di stampa; nello stesso senso v. Trib. Macerata, ordinanza 2 dicembre 1998, in *Dir. industriale*, 1999, p. 35, secondo cui il gestore di rete,



materia di concorrenza sleale, la quale, equiparando internet ad un organo di stampa, riconobbe la responsabilità aquiliana colposa del provider che, pur rivestendo la qualifica di *extraneus*, non essendo egli in concorrenza diretta con l'imprenditore danneggiato, aveva consentito il comportamento illecito di un suo utente. Questa interpretazione ha prestato il fianco ad osservazioni critiche che assimilerebbero Internet piuttosto ad una rete telefonica, per cui non essendo il gestore della stessa responsabile per le molestie verbali o i reati perpetrati attraverso il mezzo telefonico, non lo sarebbe neanche il gestore dei *server*, ossia l'IP. Si rinvengono, infatti, pronunce di segno diverso⁴¹ che hanno negato la riconducibilità *sic et simpliciter* del provider a quella dell'editore stabilendo che l. 8 febbraio 1948, n. 47 (legge sulla stampa) è direttamente applicabile soltanto alle pubblicazioni realizzate su supporto cartaceo e non anche a quelle effettuate tramite le moderne tecniche telematiche.

Anche in dottrina v'è chi ha evidenziato l'impossibilità di ricorrere ad una responsabilità per *culpa in vigilando* mancando il rapporto di preposizione che ricorre invece nelle ipotesi normative di cui agli artt. 2047, 2048 e 2049 c.c., e cioè responsabilità del datore di lavoro per fatto illecito del dipendente, o dei genitori, maestri e tutori per fatto illecito del minore e dell'incapace⁴².

Comunque, le impostazioni che ruotano attorno ad un concetto di responsabilità oggettiva, sono state tutte superate sia dalla dottrina⁴³, sia dalla

essendo assimilabile ad una sorta di editore, ha l'obbligo di vigilare affinché attraverso la sua pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica (in applicazione di questo principio il tribunale ha considerato il gestore di rete corresponsabile della abusiva registrazione del "domain name" da parte del titolare del sito), con nota di C. QUARANTA, *La registrazione abusiva del "domain name"*, p. 36 s.

⁴¹ Trib. Napoli, 18 marzo 1997, in *Dir. giur.* 1997, p. 186, è dell'avviso, inoltre che la legge sulla stampa può essere estesa alle pubblicazione realizzate con le tecniche telematiche soltanto in via analogica; posizione, questa, superata più tardi dal Trib. Roma, 4 luglio 1998, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, I, p. 399, secondo cui il news-server si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell'area di discussione senza alcun potere di controllo sugli interventi che vi vengono inseriti; tuttavia, Trib. Bologna, con sentenza inedita del 26 novembre 2001, applicherà nuovamente in via analogica al provider l'art. 11, l. n. 47 del 1948, il quale dispone che per i reati commessi a mezzo stampa sono civilmente responsabili, in solido con l'autore del reato e tra loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore.

⁴² F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line.*, cit., p. 836.

⁴³ V., per tutti, F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della responsabilità e responsabilità aquiliana del provider*, cit., p. 765; ID., *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, *passim*; ID., *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 829 ss.; ID., *Google/Vivi Down, atto finale: l'"hosting provider" non risponde quale titolare del trattamento dei dati*, in *Foro it.*, 2014, 6, II, c. 336; A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, cit., p. 143 ss.; P. PIRRUCCI, o.c., p. 2591 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi Google Suggest per errata programmazione del software di ricerca e di Yahoo! Italia per link illecito in violazione dei diritti di proprietà*



giurisprudenza⁴⁴ per dare spazio ad una tendenza che non pone al centro del problema il concetto di negligenza, e quindi di colpa, come criteri per l'attribuzione della responsabilità del provider da valutare caso per caso.

A questo concetto sembra essersi ispirata anche la direttiva comunitaria sul commercio elettronico del 2000 n. 31, recepita in Italia con d.lgs. n. 70, del 9 aprile 2003, la quale, pur non creando una forma di responsabilità *ad hoc* per gli intermediari della rete⁴⁵, sembra aver preferito assoggettarli alle regole di diritto comune distaccandosi dalle posizioni che volevano attribuire al provider una responsabilità a titolo oggettivo. Dal testo comunitario e, quindi dalla normativa di recepimento, emerge un sistema volto a definire quando il provider non risponde delle attività illecite commesse dall'utente, piuttosto che un sistema preoccupato di stabilire quando egli sia responsabile, ciò per tutti i tipi di attività del provider e cioè di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione (*caching*), di *hosting*, previste rispettivamente agli artt. 12-14 della direttiva e corrispondenti agli artt. 14-16 della legge interna. Pertanto, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse; quindi, a proposito dell'attività di memorizzazione temporanea, il prestatore non risponde a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per

industriale, in *Riv. dir. ind.*, 2012, p. 44 ss.; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, p. 505 s., il quale, prendendo le mosse da una recente ordinanza del Tribunale di Firenze, del 25 maggio 2012, ripercorre in chiave critica la "fluttuante" giurisprudenza in tema di responsabilità dell'Internet Service Provider; in questo senso v. già: T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2012, p. 1212.

⁴⁴Trib. Roma, ordinanza 22 marzo 1999, in *Dir. infor. ed informatica*, 2000, p. 66, con nota di P. SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, ha affermato che il provider che effettua il collegamento in rete non è tenuto ad accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito; tuttavia, sussiste la sua responsabilità per colpa se il contenuto delle comunicazioni da trasmettere sia all'evidenza illecito; in questo caso, il provider, dando corso al collegamento, concorre nel fatto illecito in quanto dà un apporto causale alla commissione dello stesso.

⁴⁵In tal senso, G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, cit., *passim*; dell'a. si vedano altresì i seguenti lavori: ID., *La responsabilità degli "internet providers" nel D.Lgs. n. 70/03*, in *Danno e resp.*, 2003, 8, p. 1157; ID., *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, *ivi*, 2011, 16, p. 753 ss.



rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete, o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. Da ultimo, per l'attività di *hosting*, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che egli 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; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

La sezione IV della direttiva comunitaria, intitolata *Responsabilità dei prestatori intermediari*, termina con l'art. 15, che corrisponde all'art. 17 del decreto n. 70/2003, che enuncia una disciplina generale affermando che nella prestazione dei servizi sopra descritti gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite; il secondo comma, che contiene sempre una disciplina generale, continua disponendo che gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati⁴⁶.

Dalla disciplina richiamata si può dedurre che il legislatore comunitario rifugge una responsabilità oggettiva del provider dal momento che a questi non viene imposto un obbligo di sorveglianza laddove, si sa, il monitoraggio dei contenuti della rete va di pari passo con una forma di responsabilità tendenzialmente oggettiva; la direttiva sposa, invece, un sistema di responsabilità fondato sulla colpa del provider, nonché su di un

⁴⁶ Questo concetto lo si ritrova anche all'interno del Considerando n. 47 della direttiva comunitaria il quale recita che «Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni.»



comportamento negligente dovuto al mancato rispetto delle condizioni stabilite⁴⁷.

Ne è prova anche il contenuto del Considerando n. 48⁴⁸ della direttiva il quale suggerisce anche il rispetto del dovere di diligenza da parte dei prestatori di servizi perché è ragionevole attendersi un simile comportamento da parte loro al fine di prevenire taluni tipi di attività illecite; a riguardo, il legislatore comunitario lascia liberi gli Stati membri di richiedere al provider un simile dovere che, oltretutto, è previsto dal diritto nazionale. Il richiamo al dovere di diligenza ha suscitato perplessità in dottrina⁴⁹ perché, proprio per il fatto che trattasi di norma esistente nel nostro ordinamento, dovrebbe operare a prescindere, senza cioè la necessità di farvi esplicito riferimento, oppure gli si dovrebbe attribuire un significato preciso interpretandolo come obbligo diretto ad evitare il compimento di illeciti ma a che, a quel punto, coinciderebbe con l'obbligo di sorveglianza. Ciò significherebbe, secondo la dottrina richiamata, far rientrare dalla finestra quello che il legislatore ha cacciato dalla porta. Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, mentre per il

⁴⁷ In dottrina, nello stesso senso, v. *ex multis*, A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, cit., p. 159 s.; L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2003, p. 1195 ss., il quale è propenso a riconoscere una particolare responsabilità soggettiva, diversa da quella c.d. aggravata di cui all'art. 2050 c.c. (per attività pericolosa). L'ipotesi si basa proprio sulle affermazioni contenute nel d.lgs. n. 70 del 2003 che più volte richiede la presenza dell'elemento della consapevolezza del *provider* ("il provider sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere anti-giuridico dell'attività svolta da quest'ultimo"). Pertanto, la responsabilità del provider si potrebbe configurare «alla stregua di una responsabilità soggettiva colposa, allorché il fornitore di servizio consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto si astenga dall'accertarne l'illiceità e al tempo stesso dal rimuoverlo; dolosa, qualora egli sia consapevole anche della anti-giuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire»; S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1254; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., p. 847 ss.; L. BUGIALOCCHI, *La responsabilità dell'Host Provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 70 ss.; dello stesso A. v. *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenza sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, cit., p. 1997 ss.; così pure M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2584 ss., il quale è dell'avviso che dalla direttiva, e dal testo italiano, emerge un modello di responsabilità soggettiva, distinta da quella soggettiva aggravata, o per colpa presunta, di cui all'art. 2050 c.c. In argomento, v. anche R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 178.

⁴⁸ Il Considerando n. 48 della direttiva comunitaria dispone testualmente «La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.».

⁴⁹ F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., pp. 849-850.



provider attivo, e cioè colui che commette direttamente l'illecito, non ci sono problemi, essendo chiamato a rispondere dei danni *ex art.* 2043 c.c.⁵⁰, per il provider passivo, cioè colui che tiene un comportamento che in qualche modo è collegato all'illecito commesso da un destinatario di servizio, la questione è più complicata, perché, sebbene sia chiamato sempre a rispondere *ex art.* 2043, la sua responsabilità è fortemente attenuata sia da previsioni generali (es. assenza di obbligo di sorveglianza), sia da specifiche cause di esonero di responsabilità.

5. Pare utile esaminare, a questo punto, esaminare alcune pronunce della giurisprudenza italiana ed europea al fine di verificare quale posizione abbiano assunto in merito alla responsabilità del provider se, cioè, volta ad un'imputazione o ad un esonero dell'IP.

A riguardo è interessante accennare all'oramai tanto acclarato caso Google-Vivi Down⁵¹. Il Tribunale penale di Milano, con sentenza n. 1972 del 22 febbraio 2010-12 aprile 2010⁵², ha condannato alcuni dirigenti del noto

⁵⁰ V. ZENO ZENCOVICH, *La nuova disciplina del commercio elettronico alla luce del d.lgs. 70/03: questioni generali e ambito di applicazioni*, in Aa.Vv., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, cit., p. 35.

⁵¹Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito <http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/02/sentenza-google.pdf>.

⁵² Trib. pen. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Giur. comm.*, 2011, 5, p. 1215, con nota di N. DE LUCA - E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet provider. Una materia che esige chiarezza*; ha stabilito che «Il service provider è responsabile per il reato di "trattamento illecito di dati" personali commesso dai propri inserzionisti se omette di fornire a questi ultimi chiara e puntuale informazione sulla corretta modalità del trattamento dei suddetti dati»; la sentenza è riportata, inoltre, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1556, con nota di L. BUGIALOCCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*; in *Corr. merito*, 2010, p. 960 ss., con nota di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d'espressione in internet e tutela penale dell'onore e della riservatezza*; in *Giur. merito* 2011, 1, p. 159 (s.m.), con nota di F.G. CATULLO, *Ai confini della responsabilità penale: che colpa attribuire a Google*; sulla pronuncia, v. inoltre i commenti di: A. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 184 ss.; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line*, cit., p. 829 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; R. LOTIERZO, *Il caso Google -Vivi Down quale emblema del difficile rapporto degli internet providers con il codice della privacy*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, p. 3986 ss.; A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, pag. 1856; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2219 ss.; si veda sul punto, altresì, E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi Google Suggest per errata programmazione del software di ricerca e di Yahoo! Italia per link illecito in violazione dei diritti di proprietà industriale*, cit., p. 44 ss., nota a: Trib. Roma, 20 marzo



motore di ricerca Google per un video caricato dai propri utenti sulla piattaforma di videosharing-YouTube, raffigurante un soggetto affetto da sindrome di Down che viene preso in giro con frasi offensive e azioni vessatorie riferite alla sua sindrome da parte di altri soggetti minorenni procedendo al trattamento dei dati personali in violazione degli artt. 23, 17 e 26 dello stesso d.lgs. n. 196 del 2003. Il Tribunale di Milano, operando un bilanciamento di interessi tra la libertà di espressione e di impresa in rete ed il diritto alla privacy degli utenti, ha fondato la pronuncia di condanna sulla violazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, ma non anche sul concorso omissivo nel reato compiuto dall'utente⁵³. La sentenza esclude, infatti, la sussistenza di un generalizzato e preventivo obbligo di controllo da parte dei provider sui contenuti immessi in rete da propri utenti; ed esclude pure che l'ISP sia tenuto a verificare che i propri utenti, nel diffondere sul web dati di terze persone, abbiano assolto verso queste agli obblighi in materia di privacy. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto i dirigenti di Google responsabili del mancato adempimento degli obblighi previsti dall'art. 13, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, per non aver fornito una corretta informativa ai propri utenti sui rischi connessi al trattamento di dati personali di terzi con particolare riferimento all'obbligo di cancellare immediatamente dati e comunicazioni illecite; viene sottolineata la necessità di una «*corretta e puntuale informazione da parte di chi accetti ed apprenda dati provenienti da terzi, di terzi che questi dati consegnano*». Nella sentenza viene evidenziato, inoltre, come Google non abbia effettuato un mero controllo lessicale sul titolo del video che ne avrebbe potuto evidenziare la natura illecita, ciò implicitamente comporta l'ammissione indiretta da parte di Google (in qualità di provider) dell'esigenza di un controllo sui contenuti al fine di tutelare i propri utenti, pertanto possono sorgere dubbi sulla sussistenza di un obbligo di controllo preventivo.

Dalla accennata sentenza, si potrebbe balenare allora l'ipotesi che in giurisprudenza emerge l'esigenza di porre un limite alla c.d. immunità condizionata dell'IP, pensata prevalentemente per alleggerire i *provider*, favorendone l'attività imprenditoriale e ponendoli allo stesso livello dei

2011, Trib. Roma, 11 luglio 2011, Trib. Milano, 31 marzo 2011 e Trib. Milano, 25 gennaio 2011.

⁵³ Diversa è una pronuncia emessa in precedenza dal Tribunale di Mantova, 24 novembre 2009, n. 1225, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1196, con nota di N. DE LUCA - E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet provider. Una materia che esige chiarezza*; relativamente ad un caso che riguardava la pubblicazione su di un sito web da parte di alcuni ragazzi di offese a danno di coetanei e dove il Tribunale, distinguendo tra la posizione del content provider da quella dell'host provider, aveva ritenuto sussistente la responsabilità risarcitoria del primo e l'irresponsabilità del secondo per gli illeciti eventualmente posti in essere on-line, salvo l'obbligo dell'host provider di rimuovere il dato illecito di terzi di cui sia venuto a conoscenza.



colleggi americani (o comunque “extracomunitari”) che in questo settore appaiono avvantaggiati rispetto a quelli europei⁵⁴.

In realtà non è così perché, dopo questo primo verdetto di condanna per il solo reato di trattamento illecito di dati emesso dal Giudice monocratico del Tribunale di Milano, la Corte di Appello⁵⁵ ha ribaltato il giudizio assolvendo i responsabili di Google Italy S.r.l. e, proposto ricorso per Cassazione da parte della Procura generale di Milano, la suprema Corte⁵⁶, con sentenza del 3 febbraio 2014, n. 5107, ha definitivamente confermato l’assoluzione determinando un arresto giurisprudenziale in materia. La Corte ha affermato, infatti, che la realizzazione e il caricamento sul sito del video di immagini che rappresentino le condizioni di salute di un soggetto, da parte

⁵⁴ Il sistema voluto dal legislatore europeo, riproduce l’approccio nord-americano del DMCA volto a limitare un aggravamento delle responsabilità dei provider, così: F. DI CIOMMO, *o.l.u.c.*

⁵⁵ Corte d’Appello, 27 febbraio, n. 8611, in *Vita not.*, 2013, p. 609, con nota di M.R. RICCIO, *Google/Vividown: leading case o abbaglio giurisprudenziale? (Corte d’Appello Milano, 27 febbraio 2013)*, ha stabilito che, per sostenere la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un host o content provider, occorre affermare a suo carico un obbligo giuridico di impedire l’evento e quindi, da un lato, l’esistenza di una posizione di garanzia, dall’altro, la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo. Non può essere ravvisata la possibilità effettiva e concreta di esercitare un pieno ed efficace controllo sulla massa dei video caricati da terzi, visto l’enorme afflusso di dati, atteso che un obbligo di impedire l’evento diffamatorio, imporrebbe al provider un filtro preventivo su tutti i dati immessi in rete, alterandone la sua funzionalità. La responsabilità per il trattamento dei dati è legata al mancato adempimento di specifiche condizioni che rendono lecito l’uso di tali dati, ma tali condizioni non possono che essere messe in capo al titolare dei dati medesimi. Trattare un video, acquisirlo, memorizzarlo, cancellarlo, non può significare di per sé trattamento di dati sensibili.

⁵⁶ Cass., 17 dicembre 2013 (ud.); 3 febbraio 2014 (dep.), n. 2014, n. 5107, in *Cass. pen.*, 2014, pag. 2060, con nota di P. TRONCONE, *Il caso Google (e non solo), il trattamento dei dati personali e i controversi requisiti di rilevanza penale del fatto - The “Google Case” and Personal Data Processing: a Questionable Issue for Criminal;* in *Dir. inform. ed informatica*, 2014, 2, p. 225, con nota di G. RESTA, *Anonimato, Responsabilità, Identificazione: prospettive di diritto comparato;* in *Foro it.* 2014, 6, II, c. 336, con nota di F. DI CIOMMO, *Google/Vivi Down, atto finale: l’“hosting provider” non risponde quale titolare del trattamento dei dati,* in *Diritto fam. e pers.*, 2014, 2, p. 674 (s.m.), con nota di M. De GIORGI, *La tutela del minore non passa attraverso la condanna del provider Google,* 2014, p. 674; in *Riv. pen.*, 2014, 5, p. 495, con nota di nota di: E. BOSSOLI, *L’approdo finale della vicenda Google-Vivi Down (nota a Cass., sez. III pen., 17 dicembre 2013 (ud.); 3 febbraio 2014 (dep.) n. 5107)*, p. 501 s.; A. ZAMA-L. LODRINI, *Caso Vivi Down: tanto tuonò che non piove, ivi*, p. 504 s.; P. SILVESTRE, *Il caso Google-Vivi Down, ivi*, p. 509. La Corte ha affermato che il gestore o il proprietario di un sito web qualificabile come “content provider” non può essere ritenuto corresponsabile del reato di illecito nel trattamento dei dati personali derivante dal contenuto di materiale caricato da terzi in mancanza di una previsione normativa che imponga il controllo preventivo di tutti i dati che transitano sui siti web. Per sostenere la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un “host” o “content provider”, occorre affermare a suo carico un obbligo giuridico di impedire l’evento e la concreta possibilità di effettuare un controllo preventivo.



degli utenti del servizio Google video, configura un trattamento di dati personali effettuato in violazione del divieto fissato dall'art. 26 del d.lgs. n. 196/2003. I responsabili di tale violazione sono da identificarsi con gli utenti che hanno caricato il video e non con i soggetti che gestiscono la piattaforma, trattandosi di un mero servizio di hosting dove l'Internet hosting provider non ha un obbligo generale di controllo limitandosi soltanto a fornire ospitalità di video inseriti dagli utenti. Non sussiste, quindi, in capo al provider alcun obbligo sanzionato penalmente di informare il soggetto che ha immesso i dati dell'esistenza e della necessità di fare applicazione della normativa relativa al trattamento dei dati stessi. In altri termini, finché il dato illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il provider sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile, esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice Privacy. In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di hosting e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi.

La giurisprudenza, interpretando letteralmente il disposto dell'art. 15 della direttiva comunitaria, come recepito dall'art. 17 del d.lgs 2003/70, rimane ferma nel voler tenere indenne il provider da ogni responsabilità; tuttavia, forse è proprio qui il problema e cioè il fatto di interpretare alla lettera la normativa senza dare la dovuta importanza al Considerando 48 perché, sebbene sia indubbio gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale, è comunque fatta salva la possibilità da parte loro «di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite.»⁵⁷. Senza arrivare a considerare siffatto dovere come un obbligo di controllo a carico del provider, ma senza neanche correre il rischio che questo dovere di diligenza rimanga un concetto astratto, lo si dovrebbe intendere, conformemente alla sua natura, come una modalità di esecuzione delle attività che competono al provider, con la pretesa di attendersi un atteggiamento accorto da parte del prestatore, da valutare caso per caso, soprattutto in tutte quelle situazioni in cui non poteva non conoscere l'illiceità dell'attività o dell'informazione, usando appunto quel dovere di diligenza che è tra i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

⁵⁷ Considerando n. 48 della direttiva 2000/31/ Ce.



In base al principio “*ad impossibilia nemo tenetur*”, non è possibile, infatti, pretendere che un Internet provider possa verificare che in tutti i video che vengono caricati sul suo sito web siano stati rispettati gli obblighi di legge concernenti la privacy di tutti i soggetti negli stessi riprodotti, si può pretendere, tuttavia, che l’IP fornisca agli utenti tutte le necessarie avvertenze in ordine al rispetto delle norme, soprattutto con riferimento alla diffusione di dati sensibili. Come giustamente affermava il Trib. Milano, con sentenza n. 1972/ 2010, pur non potendosi parlare di un obbligo preventivo di controllo di tutti i dati immessi e ricevuti, né di un obbligo di richiedere il consenso al trattamento direttamente all’interessato, essendo tali condotte inesigibili, sussiste, invece, un obbligo di corretta e puntuale informativa da parte di chi accetta e apprende dati provenienti da terzi, a soggetti che questi dati consegnano ed il cui inadempimento dimostra una chiara accettazione consapevole del rischio concreto di inserimento e divulgazione di dati, anche e soprattutto sensibili, che avrebbero dovuto esser oggetto di particolare tutela.

Il nostro legislatore non ha tenuto affatto in considerazione il richiamo al dovere di diligenza quale esortazione rivolta agli Stati membri dall’Unione, con la conseguenza che si troverà presto a legiferare sul punto per individuare appositi sistemi di responsabilità sperando, nel frattempo, che la giurisprudenza possa tamponare situazioni difficili che vedono coinvolti interessi primari quali il rispetto alla dignità della persona umana.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea si ricorda la famosa pronuncia nella controversia “L’Oréal vs eBay”⁵⁸ che ha tentato di delineare le caratteristiche dell’“operatore economico diligente” in riferimento alla sua partecipazione attiva alle operazioni di e-commerce effettuate dai propri utenti, superando un concetto di *favor* illimitato per il provider. La Corte prospetta, quindi, una nuova tendenza di responsabilità dei gestori dei mercati *on line* (in questo caso eBay) per “illeciti commessi dai propri utenti”, che fa leva sul concetto di diligenza.

È stato affermato che il giudice del rinvio dovrà verificare se, nelle circostanze di cui alla causa principale, l’impresa eBay abbia soddisfatto le condizioni alle quali l’art. 14, n. 1, lett. a) e b), della direttiva 2000/31. Infatti,

⁵⁸Corte di giustizia UE, grande sez., 12 luglio 2011, C-324/09, nella controversia che oppone la L’Oréal SA, nonché le sue controllate Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie e L’Oréal (UK) Ltd, a tre controllate della eBay Inc., vale a dire la eBay International AG, la eBay Europe SARL e la eBay (UK) Ltd, e inoltre al sig. Potts, alla sig.ra Ratchford, alla sig.ra Ormsby, al sig. Clarke, alla sig.ra Clarke, al sig. Fox e alla sig.ra Bi, riguardo alla messa in vendita, senza il consenso della L’Oréal, di prodotti di quest’ultima attraverso il mercato online gestito dalla eBay. Per la trattazione del caso, v. M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell’internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2584 ss.; G. NEGRI, *La Corte Ue contro eBay sulla violazione dei marchi*, in *ISole24ore* del 13 luglio 2011.



nella situazione in cui tale prestatore si sia limitato ad un trattamento puramente tecnico ed automatico dei dati, gli è applicabile la norma di cui all'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, potendo essere esonerato da qualsiasi responsabilità per i dati di natura illecita che ha memorizzato solo a condizione di non essere stato «effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita» e, per quanto attiene alle azioni risarcitorie, di non essere stato «al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione». Quindi compete al giudice del rinvio esaminare se la eBay sia stata, riguardo alle offerte in vendita di cui trattasi e nei limiti in cui queste ultime hanno arrecato pregiudizio a marchi della P'Oréal, «al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione». Ciò che è importante sottolineare è il fatto che la Corte ha precisato, con riferimento a quest'ultima circostanza, che è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), dell'art. 14⁵⁹.

La necessità di un ridimensionamento della illimitata responsabilità del provider proviene anche da una recente pronuncia della Corte europea diritti dell'uomo⁶⁰, con la quale i giudici hanno di fatto avallato un sostanziale obbligo di controllo preventivo a carico dei c.dd. *Internet Service Provider* sui contenuti immessi dagli utenti, al fine di evitare che questi ledano diritti di terze persone, *in primis* il diritto alla reputazione. Sembra quindi che una corretta interpretazione della prassi internazionale vuole che le Corti nazionali attuino un severo controllo sull'attività dei soggetti che operano su Internet.

La trattazione di questo tema non può prescindere dal riferimento ad una questione, strettamente collegata ad esso, quale il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona ed in particolare modo del diritto alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali secondo il sistema introdotto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali. L'art. 7 del citato testo normativo stabilisce, infatti, che spetta all'interessato il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i suoi dati personali e come li adopera, nonché di opporsi al trattamento dei medesimi, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta, ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la

⁵⁹ Corte di giustizia UE, grande sez., 12 luglio 2011, C-324/09, cit., nn. 118-120.

⁶⁰ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, grande sez., 10 ottobre 2013, n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2014, 1, p. 29 (s.m.).



trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione a tutela del rispetto della propria attuale identità personale e morale. Pertanto, anche in caso di memorizzazione nella rete internet, mero deposito di archivi dei singoli utenti che accedono alla rete e cioè dei titolari dei siti costituenti la fonte dell'informazione (c.d. siti sorgente), deve riconoscersi al soggetto cui appartengono i dati personali oggetto di trattamento ivi contenuti il diritto all'oblio, e cioè al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera, e di cronaca, può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei medesimi, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, persino alla relativa cancellazione. Sul tema del diritto all'oblio si vuole ricordare una recente sentenza della Suprema Corte del 5 aprile 2012, n. 5525⁶¹, la quale non si è limitata a sancire la liceità della divulgazione della notizia risalente nel tempo, ma ha stabilito che, a fronte dell'esigenza di garantire e mantenere la memoria dell'informazione si pone, anche il problema del diritto all'oblio del soggetto cui l'informazione si riferisce. A questo proposito la Corte continua affermando che, se del dato è consentita la conservazione per finalità anche diversa da quella che ne ha originariamente giustificato il trattamento, con passaggio da un archivio a un altro, nonché ammessa la memorizzazione (anche) nella rete di Internet (ad esempio, pubblicazione on line degli archivi storici dei giornali), per altro verso, al soggetto cui il dato appartiene spetta, ai sensi dell'articolo 7 del codice privacy, un diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera, nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, addirittura alla relativa cancellazione. La Suprema Corte, definendo un annoso dibattito, stabilisce che non spetta al motore di ricerca procedere ad una tale integrazione, poiché Google è solo un intermediario della comunicazione, la cui posizione è coperta dal decreto legislativo 70 del 2003. Deve essere, invece, il titolare del sito, se la notizia di cronaca è collocata nell'archivio storico della testata e resa disponibile tramite l'intervento dei

⁶¹ Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 44; in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 4, p. 1147, con nota di G. CITARELLA, *Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica «atipica»*; in *Foro it.*, 2013, 1, I, c. 305 (s.m.). La pronuncia si occupa della vicenda di un politico il quale, arrestato nel 1993 per corruzione, viene poi prosciolto. Un articolo del Corriere della Sera sempre del 1993, dava conto dell'arresto, ma ovviamente non degli sviluppi successivi. Il politico in questione ricorre al Garante per la privacy, chiedendo prima di tutto il blocco del trattamento dei dati personali, ricorso che viene respinto. Di seguito impugna la decisione in Tribunale, anche in tal caso con esito negativo, fino a giungere in Cassazione.



motori di ricerca, a dover «garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca oggetto di informazione e di trattamento, a tutela del diritto del soggetto cui i dati appartengono alla propria identità personale o morale nella sua proiezione sociale, nonché a salvaguardia del diritto del cittadino utente di ricevere una completa e corretta informazione».

Significativa, a riguardo, è la posizione assunta dalla Corte europea dei diritti umani⁶² che imposta la questione sul bilanciamento tra diritti garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, e cioè quello al rispetto della vita privata (previsto all'art. 8) e quello alla libertà di espressione (*ex art.* 10). I Giudici di Strasburgo, affermato il principio che il ruolo dei tribunali non è quello di riscrivere la storia ordinando la cancellazione di ogni traccia della pubblicazione di un articolo giudicato diffamatorio, nell'intento di realizzare un giusto equilibrio tra la pretesa alla conservazione dell'identità personale nel cyberspazio in conseguenza della diffusione di notizie false ovvero diffamatorie (garantita dall'art. 8) e la libera costituzione di archivi *online* di testate giornalistiche (presidiata dall'art. 10), hanno stabilito che le violazioni dei diritti protetti dall'art. 8, in particolare la reputazione, potrebbero essere risarcite da un commento all'articolo presente nell'archivio telematico, che informi il pubblico del fatto che il processo per diffamazione relativo al contenuto dell'articolo in questione intentato dal ricorrente si è concluso favorevolmente per quest'ultimo che lo stesso articolo sia stato reputato. Il diritto all'oblio non è quindi da intendere come il diritto a togliere, bensì il diritto a precisare, ad aggiungere nonché contestualizzare informazioni, e dare al motore di ricerca il potere di cancellare informazioni significherebbe attribuirgli il potere di cambiare la rappresentazione del mondo»⁶³.

⁶² Cedu 16 luglio 2013, n. 33846, in *Cass. pen.*, 2014, 2, p. 682, si occupa della vicenda relativa ad un articolo pubblicato su un quotidiano a diffusione nazionale, e già valutato come diffamatorio da un tribunale, che era rimasto accessibile sul sito Internet del giornale, le persone offese avevano quindi presentato denuncia, sostenendo che l'articolo diffamatorio era posizionato in modo ben visibile nel motore di ricerca Google. La domanda veniva respinta dai giudici nazionali, sicché le persone diffamate si sono rivolte alla CEDU, sostenendo che i loro diritti al rispetto della sua vita privata e la loro reputazione erano stati violati, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione, a seguito della continua presenza sul sito web del giornale di un articolo già ritenuto diffamatorio dal tribunale.

⁶³ Così, testualmente, G. FINOCCHIARO, dalla relazione intitolata “*L'identità digitale, il diritto all'oblio e l'anonimato in rete*”, intervento al Convegno “Internet e diritto civile” tenutosi a Camerino nelle giornate del 26 e 27 settembre 2014; sul punto v., inoltre, S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 26; ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 407; G. FINOCCHIARO, *L'identità personale su Internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2012, 3, p. 39; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, p. 714; sempre sul difficile equilibrio tra libertà di espressione degli utenti su internet e tutela dei diritti fondamentali di terzi lesi dai contenuti diffusi nella rete, si confrontino: L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità*



6. Il commercio elettronico contribuisce a dare una particolare connotazione alla responsabilità ed al coinvolgimento dell'IP.

Le ipotesi che generano responsabilità nell'attività di e-commerce riguardano prevalentemente le "condotte commerciali" di natura tipicamente fraudolenta. Gli esempi spaziano dalla vendita di *res* indisponibile, all'inganno o all'occultamento di informazioni, agli obblighi di comunicazione nella prassi contrattuale, alla truffa on line ed alla sostituzione di persona. Tutti aspetti, questi, che si ricollegano alla fase fisiologico-patologica del commercio on line e presentano risvolti sia civilistici, sia penalistici. Per questo motivo le fonti di riferimento normativo vanno dal Codice penale (art. 640 c.p.)⁶⁴, al Codice civile (artifici e raggiri, obbligo di lealtà commerciale *ex* art. 1337 c.c.), al Codice del consumo (spec. art. 22) fino alla normativa comunitaria e nazionale di recepimento (la direttiva sul commercio elettronico ed il "nostro" d. lgs. 70/2003).

Il fine della "responsabilità", in ambiente digitale, e più specificamente nelle transazioni on line, è sostanzialmente, quello di tutelare l'affidamento delle parti coinvolte in un rapporto obbligatorio, così che si possa identificare con certezza quale parte procura all'altra un danno⁶⁵. In ambiente virtuale la responsabilità è volta ad impedire che un soggetto «dopo aver catturato in rete la fiducia altrui, si avvalga del cosiddetto anonimato virtuale per compiere una qualsiasi operazione illecita, ovvero per rendersi inadempiente rispetto ad obblighi previamente assunti»⁶⁶. Questa esigenza è avvertita soprattutto nei rapporti di tipo B2C, ossia tra imprenditori e consumatori. Nei rapporti obbligatori di tipo tradizionale viene tutelato il soggetto che si comporta "correttamente" ed inoltre, quando si interviene, lo si fa per sanare una fase patologica del rapporto stesso, operando in modo che sia ripristinata una situazione di "equità" e di reciproco vantaggio fra le parti. Pertanto, la responsabilità assume una funzione risarcitoria-punitiva: in pratica, il soggetto che lede l'altrui affidamento viene "legittimamente aggredito" affinché ripari al

penale dei service-providers in internet, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 379 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 1998, p. 745 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, *ivi*, 1999, p. 1049 ss.

⁶⁴ Sul profilo fraudolento delle condotte commerciali poste in essere nel cyberspazio, nonché sull'obbligo di lealtà commerciale *ex* art. 22 del Codice del Consumo, si sofferma puntualmente P.CIPOLLA, *E-commerce e truffa*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2624 ss. Altri aspetti dei reati commessi attraverso Internet sono evidenziati da P. GALDIERI, *Internet e l'illecito penale*, *ivi*, 1998, p. 856;

⁶⁵ F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 238 ss.

⁶⁶ F. DI CIOMMO, *o.l.c.*



torto perpretato nei confronti del danneggiato. Inoltre, nei rapporti di tipo tradizionale, come ad esempio nel commercio tradizionale, il danneggiante è facilmente identificato e gli stessi articoli del nostro codice civile sono stati pensati e predisposti per questo tipo di rapporto.

Diversamente, nei rapporti obbligatori che si svolgono in ambiente virtuale (come ad esempio nel commercio elettronico), non è possibile applicare le norme previste dal diritto *sic et simpliciter* poiché le parti possono mascherare molto più facilmente la propria identità così da sfuggire agevolmente a qualsiasi tentativo di imputazione di responsabilità. Diventa allora preponderante l'esigenza, non tanto di "punire" il soggetto che lede, quanto di "prevenire" la lesione stessa. La responsabilità, in questo caso, non avrebbe un valore risarcitorio/punitivo (aggressione del danneggiante), bensì preventivo (evitare che vi sia un danneggiante). Il legislatore del 2003 ha previsto in quest'ottica misure a carico di chi svolge commercio on line: quali gli obblighi di informazione finalizzati a dare certezza riguardo l'identità degli interlocutori, la qualità dei prodotti, il corretto iter dell'intera operazione, con la conseguenza che in caso di violazione scatta la relativa responsabilità e conseguente sanzione⁶⁷.

Ci si chiede se si stia passando da un tipo di responsabilità (civile) ispirata "alla disciplina della condotta morale"⁶⁸, ed in cui il risarcimento del danno implica la valutazione e la relativa sanzione di un comportamento colpevole, ad una responsabilità diversa che si basa sulla "oggettiva illiceità dell'evento" che viene perseguito indipendentemente dal comportamento amorale e colpevole del soggetto in quanto considerato per il solo fatto d'essere un comportamento difforme rispetto a disposizioni di legge.

Ciò che, comunque, sarebbe auspicabile, come già da altri è stato evidenziato⁶⁹, è una revisione della direttiva comunitaria al fine di porre ordine all'interno di uno scenario che per sua natura è in continuo mutamento e dove la definizione degli obblighi a carico degli attori, con conseguente indicazione

⁶⁷Cfr., in proposito, F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica*, cit., p. 237 ss.

⁶⁸ Per le prime considerazioni al margine della prima relazione della Commissione UE in merito all'applicazione della direttiva n. 31/2000, v. G. CASSANO e I.P. CIMINO, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in *Le regole dell'Internet*, in http://www.interlex.it/regole/cass_cim1.htm

⁶⁹ In questo senso, v. S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, cit., p. 505 s.; auspica, tuttavia, una revisione ed un adeguamento della Direttiva 2000/31, peraltro prevista dallo stesso art. 21 del testo stesso, da parte del legislatore comunitario, al fine di intervenire in tema di regole di responsabilità dei motori di ricerca e delle più attuali, più evolute figure di host provider, che non rispondono più a quelle conosciute all'epoca della redazione del testo comunitario: L. BUGIALOCCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, cit., p. 1997 ss., p. 2003 s.



di chiare ipotesi di responsabilità dei providers, rappresenta un'urgenza improrogabile se non l'unico modo per assicurare la tutela di diritti contrapposti e rilevanti dell'ordinamento giuridico comunitario. Nel frattempo, l'incertezza attuale che regna nella materia comporta che sia il giudice a svolgere quel compito che fisiologicamente spetta al legislatore e cioè dirimere conflitti tra interessi estremamente rilevanti⁷⁰.

⁷⁰ Così: S. SICA – V. ZENO ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in *Dir. inform. ed informatica*, 2010, p. 380; S. SICA e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il «labirinto» delle responsabilità*, cit., p. 2715; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'internet provider*, cit., p. 2602 s.