



ROBERTA COSIO

Dottore di ricerca in Diritto civile – Università Ca' Foscari di Venezia

LA RESPONSABILITÀ DEL PRESTATORE DI SERVIZI DI *HOSTING*

SOMMARIO: 1. *L'utilizzo illecito delle piattaforme online.* – 2. *Il quadro normativo.* – 3. *I caratteri della responsabilità dell'hosting provider.* – 4. *Sull'obbligo di sorveglianza attiva pro futuro: la recente pronuncia della Corte di giustizia.* – 5. *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider.* – 6. *Prospettive di riforma.*

1. – «Le piattaforme online sono importanti fattori di innovazione e di crescita nell'economia digitale. [...] Esse costituiscono anche il principale punto di accesso a informazioni e altri contenuti su internet per gran parte delle persone, tramite motori di ricerca, social network, siti di microblogging o piattaforme di condivisione di video».

Si apre così la Comunicazione della Commissione europea del 28 settembre 2017, intitolata «Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online»¹, adottata al fine di dettare «una serie di orientamenti e principi affinché le piattaforme intensifichino la lotta contro i contenuti illegali online in cooperazione con le autorità nazionali, gli Stati membri e i portatori d'interessi pertinenti».

Considerata la crescente rilevanza di queste piattaforme, che costituiscono oggi la dimensione entro la quale si svolge la personalità di ciascun individuo², la realtà in cui si esercitano

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM (2017) 555 final del 28 settembre 2017.

² Che i *social network* siano diventati il principale luogo digitale di espressione dell'identità personale è espressione condivisa. Sul punto, C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inform.*, 2018, 68, mette bene in luce come il fenomeno della digitalizzazione applicato alla persona dia luogo ad una frantumazione (irreversibile?) della stessa in una serie di pacchetti di dati: un'immagine, un post, un'opinione, un *like*. L'identità personale viene ad essere suddivisa in plurime componenti, percepite in forma autonoma, «come se non avessero più alcuna relazione con la persona che li genera». Tali informazioni, inoltre, una volta pubblicate, fuoriescono completamente dalla sfera di controllo del soggetto che le



e si negano i diritti, si dispiegano libertà e responsabilità³, risulta necessario individuare il ruolo svolto dai gestori delle piattaforme nel garantire la tutela dei diversi diritti fondamentali che in questo contesto vengono in rilievo rispetto a possibili comportamenti lesivi⁴.

In particolare, sottolinea la Commissione nella Comunicazione sopra citata, una delle sfide più urgenti per la società digitale di oggi è rappresentata dall'esigenza di contrastare l'enorme diffusione *online* di contenuti illegali i quali, una volta caricati dagli utenti, possono essere consultati e condivisi⁵, con grande facilità e velocità, da cerchie estese di altri soggetti in ogni parte del mondo⁶.

Il tema, dunque, si concentra sui profili di responsabilità dei gestori di piattaforme di *social media*⁷. Al riguardo, può preliminarmente rilevarsi che l'*Internet Service Provider* è un prestatore intermediario che esercita un'attività imprenditoriale in rete, basata sulla prestazione di servizi della società dell'informazione⁸. Per servizio della società dell'informazione si intende «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»⁹.

ha prodotte ed entrano nella disponibilità del gestore della piattaforma, il quale, normalmente, le usa o cede per trarne profitto.

³ Descrive così l'ambiente Internet il Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, A. SORO, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 343.

⁴ Per una rassegna delle pronunce in tema di responsabilità del *provider* in caso di violazione dei diritti della personalità, si veda E. FALLETTI, *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2015, 7, 992 ss.; D. MUSCATELLA, *Libertà d'espressione in rete e tutela penale della reputazione digitale (Freedom of expression on the Net and the protection of digital reputation given by the criminal justice system)*, in *Cyberspazio e diritto*, 2015, 1, 113 ss.; D. AMRAM, *Spunti per nuovi studi in materia di danno alla persona nel cyberspazio*, in *Danno e resp.*, 2016, 5, 524 ss.

⁵ Il meccanismo della condivisione, proprio di ogni *social network*, consente di copiare e riprodurre infinite volte un contenuto – fotografia, video, messaggio – pubblicato all'interno di bacheche, profili o pagine altrui.

⁶ A tal proposito, il considerando n. 52 della direttiva 2000/31/CE afferma che «i danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione sono caratterizzati sia dalla loro rapidità che dalla loro estensione geografica». Di conseguenza, in base al medesimo considerando: «l'esercizio effettivo delle libertà del mercato interno rende necessario garantire alle vittime un accesso efficace alla soluzione delle controversie».

⁷ Giova tener presente che i servizi di condivisione di dati caricati o creati dal consumatore e da altri utenti del servizio (tipicamente i *social networks*) oggi rientrano (anche) nell'ambito di applicazione della recente Direttiva UE n. 770 del 20 maggio 2019, relativa ai contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, su cui si veda il commento di C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, 499 ss.

⁸ Cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., X aggiornamento, 2016, 688 ss.

⁹ Definizione di servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE come modificata dalla direttiva 98/48/CE.



In base all'attività svolta, si distinguono tre categorie di *providers*: il fornitore di servizi di accesso alla rete (c.d. *mere conduit*), il fornitore di servizi di memorizzazione temporanea (c.d. *caching*), il fornitore di servizi di memorizzazione stabile (c.d. *hosting*). In quest'ultima categoria rientra il gestore di una piattaforma sociale, il quale mette a disposizione un'area del proprio server in cui vengono memorizzati – in maniera duratura – contenuti generati direttamente dagli utenti destinatari del servizio¹⁰.

Per il vero, la nozione di *hosting provider* è più ampia e può comprendere diversi attori (tra loro assai eterogenei), quali i gestori di mercati online (es. eBay o Amazon), le piattaforme di condivisione di video (es. Youtube o Vimeo) o di foto (es. Instagram o Flickr), i social network (es. Facebook, Twitter o LinkedIn), i siti web di blogging o i siti web di recensioni (es. Tripadvisor), fino alle sezioni dei commenti degli utenti sulle pagine delle notizie¹¹. Ma è con riferimento ai *social media* che – sempre più spesso – si pone il problema di capire in che tipo di responsabilità possa incorrere il *provider* a fronte della trasmissione o memorizzazione di contenuti illeciti da parte dei suoi utenti.

Tali comportamenti possono dar luogo alla violazione di diritti della personalità quali, ad esempio, il diritto all'onore, alla reputazione, all'identità personale, all'immagine o alla riservatezza, ovvero alla violazione di diritti della proprietà intellettuale, mediante la riproduzione di opere protette senza la necessaria autorizzazione.

Si prenderanno dunque le mosse dal dato normativo (europeo e interno), per poi interrogarsi sulla capacità del regime speciale di responsabilità, introdotto dal legislatore europeo nel 2000, di affrontare le trasformazioni cui è (nel frattempo) andato incontro il mondo del web.

2. – La disciplina in tema di responsabilità degli *Internet Service Providers* è contenuta nella direttiva europea sul commercio elettronico 2000/31/CE, poi attuata, a livello interno, con il d.lgs. n. 70/2003. Tanto nella direttiva, quanto nel decreto di recepimento,

¹⁰ In tal senso Corte giust. UE, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, par. 27, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 580 ss., con nota di M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, ove si legge: «è anzitutto pacifico che il gestore di una piattaforma di rete sociale in linea, quale la Netlog, memorizza sui propri server informazioni fornite dagli utenti di tale piattaforma e relative al loro profilo e che, pertanto, questi è un prestatore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31».

¹¹ Elenco riportato – ad eccezione delle indicazioni esemplificative aggiunte – nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, cit.



sono quattro le disposizioni dedicate al regime di responsabilità dei prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione¹². Per il vero, le singole norme sembrano piuttosto dirette a individuare i presupposti in presenza dei quali il *provider* non risponde delle attività illecite commesse dall'utente; il che, ovviamente, non significa optare per un regime di esclusione della responsabilità, ma certamente, almeno in punto di tecnica di redazione normativa, circoscriverla il più possibile.

L'adozione di un siffatto modello si spiega richiamando gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo che, con la direttiva in esame, mirava a favorire lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno per facilitare la crescita delle imprese europee (e quindi gli investimenti nell'innovazione del settore), nonché a rafforzare la competitività dell'industria europea¹³. In estrema sintesi, la scelta di limitare la responsabilità dei prestatori intermediari serviva a sostenere le scelte imprenditoriali nel settore in questione, con l'obiettivo di creare il mercato unico digitale.

Più nel dettaglio, le condizioni di esonero da responsabilità variano a seconda dell'attività svolta. Con riferimento all'attività di *mere conduit*, ossia l'attività di trasmissione di informazioni o di fornitura di accesso alla rete, non è configurata alcuna responsabilità del *provider*, a meno che lo stesso non partecipi alla produzione delle informazioni o non le modifichi, oppure non selezioni direttamente il destinatario della trasmissione¹⁴; quanto all'attività di *caching*, che consiste nella memorizzazione temporanea o transitoria delle informazioni trasmesse, non sussiste responsabilità del *provider*, a meno che lo stesso non intervenga sulle informazioni ospitate ovvero non agisca prontamente per rimuoverle o per disabilitarne 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 dell'accesso¹⁵; con riferimento, infine, all'attività di *hosting*, consistente nella memorizzazione stabile delle informazioni, non sussiste responsabilità del *provider*, a meno che lo stesso non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del contenuto memorizzato ovvero, una volta al corrente di tali fatti, non agisca immediatamente per rimuoverli o disabilitarne l'accesso¹⁶.

¹² Per una dettagliata analisi della disciplina in tema di responsabilità civile del *provider* si veda, da ultimo, A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, 278 ss.

¹³ Considerando n. 2 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

¹⁴ Art. 12 direttiva 2000/31/CE.

¹⁵ Art. 13 direttiva 2000/31/CE.

¹⁶ Art. 14 direttiva 2000/31/CE.



È possibile notare, sin da subito, come la direttiva non prenda in considerazione i *content providers*, ossia i soggetti che creano contenuti e svolgono un'attività editoriale, rispetto ai quali, dunque, resta fermo il normale regime di responsabilità aquiliana. Una tale scelta si spiega in ragione del fatto che il regime di *favor* previsto dalla direttiva è rivolto (esclusivamente) all'intermediario la cui attività sia di ordine «meramente tecnico, automatico e passivo», ossia l'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia alcuna conoscenza o controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate. Ciò emerge dalla lettura delle disposizioni sulla esclusione della responsabilità del *provider* (artt. 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE) in combinato disposto con il considerando n. 42 della direttiva¹⁷.

La disciplina è poi completata dall'esclusione di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore di servizi, che esigerebbe un controllo selettivo *ex ante* sui contenuti pubblicati dagli utenti¹⁸. Regola da leggere insieme al considerando n. 47 della direttiva, il quale precisa che l'esclusione riguarda unicamente gli obblighi di sorveglianza di carattere generale e non anche quelli previsti in casi specifici e, in particolare, a seguito di ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni. Ne consegue che, ad esempio, a fronte di un'ingiunzione da parte dell'autorità giurisdizionale alla rimozione del contenuto illecito, il *provider* è tenuto ad attivarsi immediatamente per l'individuazione e la cancellazione del contenuto segnalato.

Il regime speciale di responsabilità del *provider* è stato riprodotto dal legislatore italiano negli artt. 14-17, d.lgs. n. 70/2003, con l'inserimento di alcune soluzioni (in parte) differenti rispetto a quelle previste nella direttiva.

Nel dettaglio, per quanto qui di interesse, l'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, rubricato *Responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni – hosting*, prevede che 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 auto-

¹⁷ Considerando n. 42 della direttiva 2000/31/CE: «Le deroghe alla responsabilità stabilite nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

¹⁸ Art. 15 direttiva 2000/31/CE.



rità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

In ordine ai presupposti in presenza dei quali il *provider* è tenuto ad attivarsi per eliminare il contenuto illecito, il legislatore nazionale (a differenza di quello europeo) condiziona il formarsi dell'obbligo alla previa notifica da parte di un'autorità (amministrativa o giudiziaria). Di conseguenza, facendo esclusivamente leva sul dato letterale, l'*hosting provider* sarebbe tenuto a procedere alla rimozione del contenuto soltanto in presenza di una conoscenza "qualificata", ossia laddove la *notice* della manifesta illiceità gli pervenga da una delle sopra dette autorità. Tuttavia, sin dalle prime applicazioni dell'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, la giurisprudenza si è diversamente orientata¹⁹, ritenendo sufficiente, perché sorga l'obbligo di rimozione dei contenuti, la loro conoscenza, comunque ottenuta, da parte del *provider*²⁰. In altri termini, sarebbe sufficiente una segnalazione²¹ da parte dell'utente titolare del diritto leso²². Ciò risulta perfettamente in linea con gli obiettivi della direttiva, la quale «dovrebbe costituire la base adeguata per elabo-

¹⁹ Trib. civile Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, 3, 629 ss., con nota di R. BOCCHINI, *Responsabilità dell'hosting provider – la responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*; in *Dir. Inform.*, 2017, 2, 254 ss., con nota di M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone)*.

²⁰ In particolare, Trib. civile Napoli Nord, 3 novembre 2016, cit., argomenta in modo articolato e completo la scelta di non richiedere – quale presupposto necessario dell'obbligo di attivarsi – la comunicazione da parte dell'autorità competente, basandosi non solo sul tenore letterale dell'art. 17, d.lgs. n. 70/2003, ma soprattutto sull'esigenza di garantire una tutela effettiva ai diritti lesi, rimuovendo tempestivamente il contenuto.

²¹ Alcuni *social media* (es. Instagram e Facebook) già prevedono meccanismi di segnalazione di contenuti illeciti. Di regola viene apposto un apposito *link* accanto al contenuto (post, foto, commento, pagina, gruppo, profilo), che consente all'utente di segnalare il contenuto potenzialmente in violazione degli "*Standard della community*" al gestore della piattaforma. Il problema principale concerne, però, le conseguenze dell'eventuale violazione commessa. Al riguardo nelle Condizioni generali di contratto di Facebook si legge che «Le conseguenze per la violazione degli *Standard della community* dipendono dalla gravità della violazione e dai precedenti della persona sulla piattaforma. Ad esempio, nel caso della prima violazione, potremmo solo avvertire la persona, ma se continua a violare le nostre normative, potremmo limitare la sua capacità di pubblicare su Facebook o disabilitare il suo profilo. Potremmo anche informare le forze dell'ordine quando, a nostro avviso, sussiste la possibilità reale di seri rischi di danno fisico o minacce dirette alla sicurezza pubblica».

²² Da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709, in *Foro it.*, 2019, 2072 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Ce o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, il quale precisa «che il sorgere dell'obbligo in capo al prestatore del servizio non richiede una "diffida" in senso tecnico – quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti – essendo a ciò sufficiente la mera "comunicazione" o notizia della lesione del diritto». Si veda altresì, E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, 262.



rare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime»²³.

3. – La delineata fattispecie di responsabilità dell'*hosting provider* presenta non pochi tratti problematici. Può anzitutto rilevarsi che nella previsione di cui al richiamato art. 14 della direttiva e nella corrispondente formulazione dell'art. 16, d.lgs. n. 70/2003 rientra solo la figura dell'*hosting* passivo. Si tratta di una precisazione, attinente all'ambito applicativo sotto il profilo soggettivo, particolarmente importante atteso che risulta ormai pacificamente accolta, sia dalla giurisprudenza sovranazionale²⁴ che da quella interna²⁵, la nozione di *hosting provider* attivo, ossia il prestatore di servizi che interviene sui contenuti, ospitati e trasmessi, manipolandoli, modificandoli o alterandoli.

Ora, quantunque tale ultima figura, di creazione giurisprudenziale, ancora oggi non risulti chiaramente delineata, i giudici hanno tuttavia elaborato una serie di "indici di interferenza" utili per l'attribuzione di questa qualifica. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, nonché allo sfruttamento economico del materiale caricato attraverso meccanismi di pubblicizzazione.

I criteri così individuati per facilitare la distinzione tra le due figure di *provider* (attivo e passivo) possono tuttavia, a volte, risultare fuorvianti, posto che – come anche affermato dalla Corte di giustizia²⁶ – l'attività di catalogazione, categorizzazione e indi-

²³ Considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

²⁴ In tal senso, Corte giust. UE, 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google c. Louis Vuitton*, in *Foro it.*, 2010, IV, 458 ss. e Corte giust. UE, grande sez., 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, in *Giur. mer.*, 2013, 2584 ss., con nota di M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*.

²⁵ Sul punto Trib. Torino, 23 giugno 2014, in *AIDA*, 1684 ss.; Trib. Roma 1 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*; Trib. Roma 15 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*. Da ultimo, in dottrina, M. IASELLI, *I contorni della responsabilità dell'hosting provider attivo*, in *Dir. internet*, 2019, 387.

²⁶ Ossia Corte giust. UE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit. Trattasi della nota causa *L'Oréal* contro *eBay*, ove la Corte chiarisce che, se per un verso, «la mera circostanza che [una piattaforma online] memorizzi sul proprio server le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dall'[articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico]», per altro verso, «laddove detta [piattaforma online] abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte», non si potrà considerare il *provider* quale soggetto neutro, in quanto le predette attività gli attribuiscono un ruolo attivo, atto a conferirgli una conoscenza e un controllo sui dati relativi alle offerte presentate.



cizzazione non implica di per sé un intervento (e conseguente controllo) sui contenuti immessi dai destinatari dei servizi²⁷. In alcuni casi, infatti, si tratta solo di espedienti tecnologici volti alla migliore fruibilità della piattaforma, non di strumenti diretti a manipolare o trasformare le informazioni o i contenuti memorizzati²⁸.

Quanto poi alla natura di tale responsabilità, «la regola accolta è quella in forza della quale il *provider* sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore del servizio allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere anti-giuridico dell'attività svolta da quest'ultimo»²⁹. L'art. 16, d.lgs. n. 70/2003, infatti, pone l'accento sull'effettiva conoscenza dell'illecito da parte dell'intermediario, rifiutando, quindi, sia modelli di responsabilità oggettiva³⁰, che modelli di responsabilità fondati comunque sulla colpa³¹.

²⁷ Basti pensare ai *social media* che, mediante l'uso di algoritmi, regolano l'aggiornamento dei post che appaiono sulla *home page* dell'utente mediante il ricorso ad una serie di criteri, quali, ad esempio, il numero di *likes* e commenti, l'affinità sulla base della frequenza delle interazioni, ovvero il criterio temporale collegato alla data di pubblicazione. O ancora, le piattaforme di condivisione di video, che creano, a fianco del video cercato e visualizzato dall'utente, una griglia di (ulteriori) video al primo correlati.

²⁸ Si pone in questa direzione Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Danno e resp.*, 2018, 1, 87 ss., secondo cui «il punto di discriminare fra fornitore neutrale e fornitore non neutrale deve essere individuato nella manipolazione o trasformazione delle informazioni o dei contenuti trasmessi o memorizzati».

²⁹ Cfr. L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, 2003, 1196 ss. Si vedano, inoltre, le osservazioni di R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, 118 ss., il quale evidenzia come la scelta operata dalla direttiva 2000/31/CE di ancorare la disciplina della responsabilità civile degli intermediari al criterio di collegamento della colpa, finisca col rappresentare un elemento di sostegno a favore dell'emergente industria elettronica europea. A sostegno della tesi della responsabilità colpevole, anche A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, spec. 144; S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, 1254; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criterio di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inform.*, 2010, 829 ss.; L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'Host Provider alla luce del d.lgs. 70/2003: esegesi di una disciplina dimezzata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 70 ss.; ID., *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenza sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, 1997 ss.

³⁰ Osserva B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2014, 17 «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».

³¹ Adottando un modello di responsabilità simile a quello contemplato, ad esempio, con riferimento all'esercente attività pericolosa (art. 2050 c.c.), il *provider*, per andare esente da responsabilità, dovrebbe fornire la prova «di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». Prova che, verosimilmente, si tradurrebbe nell'onere di dimostrare di aver predisposto un capillare sistema di controllo sui contenuti gestiti, in contrasto col divieto generale di sorveglianza attiva sui materiali immessi nella piattaforma. Per adeguati approfondimenti sul tipo di responsabilità sottesa alla richiamata previsione dell'art. 2050 c.c., autorevolmente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 454 ss., il quale evidenzia, tra l'altro, che l'art. 2050 c.c. costituisce una norma «che più di ogni altra mette in luce una certa intenzione di dare corso al nuovo, diretto



Di conseguenza, in capo al *provider* si configura una responsabilità colpevole qualora lo stesso, venuto a conoscenza dell'illecito (autonomamente o su comunicazione di terzi) non intervenga nei modi descritti dalla norma. Dal punto di vista del diritto penale, invece, ove il contenuto immesso in rete sia illecito, si configura un reato commissivo mediante omissione, avendo il prestatore concorso nel comportamento commissivo altrui, per non aver provveduto alla rimozione o al blocco del dato informatico³². In tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, in numerose pronunce³³, la possibilità che il reato di diffamazione, aggravato dall'utilizzo di altro mezzo di pubblicità (art. 595, comma 3, c.p.) possa essere commesso a mezzo internet, mediante la pubblicazione, su un *social network*, di un messaggio a contenuto lesivo dell'onore e della reputazione altrui. Più nel dettaglio, il reato risulta integrato ove, alla luce del carattere pubblico dello spazio virtuale, che consente la possibile incontrollata diffusione del messaggio, sia precisamente individuabile il destinatario delle manifestazioni ingiuriose e sussista in capo al soggetto agente la coscienza e volontà di usare espressioni oggettivamente idonee a recare offesa al decoro, onore e reputazione del soggetto passivo.

Tanto sotto il profilo penalistico, che sotto quello civilistico, dunque, la responsabilità del *provider* va ad aggiungersi a quella dell'utente, autore principale dell'illecito, in un momento successivo alla sua commissione. L'attività dell'intermediario, in altri termini, non è causa del prodursi dell'evento lesivo, mancando in capo allo stesso un obbligo di sorveglianza *ex ante* dei contenuti immessi, ma è causa del protrarsi del danno.

La valutazione circa la (co)responsabilità del *provider* va condotta tenendo conto del grado di diligenza che è lecito attendersi da un operatore della rete nello svolgimento della sua attività economica. Al riguardo, il considerando n. 48 della direttiva 2000/31/CE lascia liberi gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi 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.

Più di recente, inoltre, dalla Comunicazione della Commissione europea del 6 maggio

frutto della civiltà industriale, e in pari tempo l'incapacità di uscire dagli schemi di una responsabilità civile che tre quarti di secolo prima R. von Jhering aveva normalizzato all'insegna della colpa».

³² Sulla responsabilità penale dell'*Internet service provider*, si veda B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 249 ss.

³³ Specificamente Cass. 12 gennaio 2014, n. 16712, in *Foro It.*, 2014, 7-8, 2, 410; Cass. 28 aprile 2015, n. 24431, in *Foro It.*, 2015, 12, 2, 691; Cass. 13 luglio 2015, n. 8328, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 4, 464; Cass. 14 novembre 2016, n. 4873, in *Foro It.*, 2017, 4, 2, 251; Cass. 19 febbraio 2018, n. 16751, in *Banca dati DeJure*; Cass. 23 ottobre 2018, n. 1275, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 12 maggio 2019, n. 33495, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 19 marzo 2019, n. 19659, in *Banca dati Leggi d'Italia*.



2015, dal titolo «Strategia per un mercato unico digitale»³⁴, emerge un impegno ad innalzare il livello generale di protezione dal materiale illecito su internet, anche valutando «l'opportunità di imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (dovere di diligenza)».

Il richiamo alla diligenza viene letto unanimemente, sia dalla dottrina³⁵ che dalla giurisprudenza³⁶, come un richiamo al parametro della diligenza professionale dell'operatore economico³⁷. In particolare, sulla scorta di tale parametro, la Corte di giustizia ha affermato che non può beneficiare della deroga alla responsabilità il gestore della piattaforma che scopra, in qualunque modo, l'esistenza di un'attività o informazione illecita. Tale scoperta può avvenire, oltre che a seguito della segnalazione da parte di un soggetto terzo, anche per effetto di un'iniziativa autonoma da parte del *provider*³⁸. Proprio per tale ragione, la Commissione europea incentiva le piattaforme ad adottare misure proattive efficaci, volte a individuare e rimuovere i contenuti illegali, anche mediante l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico, specificando che il ricorso a tali misure non comporta automaticamente la perdita di neutralità (e la conseguente perdita del beneficio della deroga in materia di responsabilità) da parte del gestore della piattaforma³⁹. Del resto, lo stesso considerando n. 40 della direttiva chiarisce che le disposizioni relative alla responsabilità non impediscono di sviluppare e utilizzare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale⁴⁰.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (2015) 192 final del 6 maggio 2015.

³⁵ Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, 227 ss.; B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, cit., 22.

³⁶ Da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, cit., in linea con Corte giust. UE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, cit., secondo cui la valutazione del giudice sulla conoscenza da parte del *provider* dell'esistenza di un'attività o di un'informazione illecita va condotta alla stregua della diligenza professionale esigibile dall'operatore economico.

³⁷ A livello normativo si rinviene un espresso richiamo alla diligenza nella recentissima direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (art. 17, par. 4, lett. b), ove viene riconosciuta la responsabilità del prestatore di servizi che non abbia compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici rispetto ai quali non è stata concessa l'autorizzazione dal titolare dei diritti, ad esempio, mediante la conclusione di un accordo di licenza.

³⁸ Sul punto Corte giust. UE, grande sez., 12 luglio 2011, cit., *L'Oréal c. eBay* (par. 120, 121, 122).

³⁹ Comunicazione della Commissione, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, cit.

⁴⁰ Così, ad esempio, la direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (direttiva *copyright*) all'art. 17, par. 9, prevede l'adozione di un meccanismo di reclamo celere ed



4. – Resta ancora da esaminare un problema, ossia quello relativo all'eventuale ricomparsa *online* di contenuti (già) identificati e accertati come illeciti⁴¹. Tale problema è stato recentemente affrontato da una pronuncia della Corte di giustizia⁴², che risulta profondamente innovativa in tema di responsabilità dei gestori di piattaforme sociali, in quanto attribuisce loro maggiori doveri di controllo, in particolare, sotto il profilo della sorveglianza attiva pro futuro.

Prima di analizzare la decisione presa dalla Corte di Lussemburgo, pare opportuno procedere ad una breve ricostruzione del fatto. La sig.ra Eva Glawischnig-Piesczek, ex portavoce nazionale del Partito austriaco dei Verdi (die Grünen), agisce in giudizio contro il *social network* Facebook, chiedendo la rimozione, a livello globale, di una serie di commenti diffamatori su di lei espressi in un post del predetto *social*.

Il rinvio alla Corte di giustizia viene effettuato dalla Corte suprema austriaca, la quale chiede se la direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico osta a che un giudice di uno Stato membro possa ordinare ad un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, nonché se il provvedimento inibitorio emesso nei confronti dell'*hosting provider* possa essere esteso a livello mondiale.

Fino a questa pronuncia il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco era stato rinvenuto nella previsione di un sistema di controllo e attivazione successivi rispetto ad una segnalazione inviata dall'autorità (amministrativa o giudiziaria) o dall'utente.

Con questa decisione, invece, la Corte di giustizia configura un obbligo di sorveglianza attiva che guarda al futuro, in quanto volto alla ricerca e all'individuazione, tra i contenuti caricati, di informazioni identiche ovvero equivalenti a quella qualificata come illecita dal giudice adito, al fine di prevenire future violazioni della stessa natura di quella

efficace che fornisce agli utenti una procedura telematica per disabilitare l'accesso o domandare la rimozione di opere e materiali pubblicati sulla piattaforma del provider senza la necessaria autorizzazione da parte del titolare dei diritti. Viene, inoltre, precisato che i reclami così presentati saranno comunque sottoposti alla verifica umana.

⁴¹ Sul punto la Comunicazione della Commissione, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, cit. si è espressa nel senso che «una volta individuati e rimossi, i contenuti illegali non dovrebbero ricomparire online. Una prevenzione efficace ed efficiente della ricomparsa basata sulle buone pratiche esistenti e su garanzie adeguate è essenziale per un sistema funzionante».

⁴² Il riferimento è a Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in *Dir. e giust.*, 2019, 3 ss., con nota di D. BIANCHI, *Facebook: filtraggio globale e specifico dei contenuti equivalenti per il diffamato*.



già verificatasi. Questo comporta l'estensione dell'obbligo di sorveglianza su tutti gli utenti e, di conseguenza, su tutte le informazioni diffuse tramite piattaforma. Con il limite, però, dell'individuazione precisa dell'oggetto della violazione, in modo tale che il prestatore di servizi di *hosting* nell'individuazione del contenuto equivalente non debba essere costretto ad effettuare una valutazione autonoma. I giudici di Lussemburgo ritengono che, in tal modo, vengano correttamente bilanciati i diritti in gioco. Infatti, per un verso, l'uso di strumenti informatici (filtri e mezzi di ricerca automatizzati) per ricercare il contenuto identico a quello qualificato come illecito non comporta l'imposizione di un onere straordinario a carico dell'impresa e, di conseguenza, non risulta (eccessivamente) lesivo del diritto alla libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. D'altronde, secondo la Corte, considerata la facilità di riproduzione delle informazioni nell'ambiente internet, tale obbligo di sorveglianza attiva risulta necessario per assicurare la protezione efficace della vita privata e dei diritti della personalità. Diversamente, si potrebbe facilmente eludere l'effetto inibitorio della condotta illecita tramite il caricamento di messaggi appena diversi da quelli precedentemente dichiarati illeciti, conducendo l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti di cui è vittima⁴³. Per altro verso, si ritiene che non venga lesa nemmeno il diritto fondamentale degli utenti di internet alla libertà di espressione e informazione, garantito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella misura in cui la tutela di tale diritto non è assoluta, ma va bilanciata con la tutela di altri diritti fondamentali. A tal fine, la sentenza distingue tra informazioni identiche e informazioni equivalenti a quella qualificata come illecita. Nel primo caso, si tratta di ripetizioni di una violazione già concretamente qualificata come illecita. Tali ripetizioni, pertanto, meritano di essere oggetto di una identica qualificazione. Tuttavia, all'utente diverso ed estraneo rispetto al giudizio conclusivo con il provvedimento di rimozione del contenuto deve essere garantita la possibilità di contestare, dinanzi ad un giudice, la misura di esecuzione (rimozione e/o blocco) posta in essere dal *provider*.

Nel secondo caso, la questione risulta più spinosa, in quanto attiene alla (non facile) interpretazione della locuzione "informazione equivalente" o "dal contenuto equivalente", tenuto anche conto del fatto che – di solito – un'espressione diffamatoria non riprende gli esatti termini di una dichiarazione precedente; ciò anche in relazione al modo personalizzato di esprimere le idee. La Corte ritiene che per "informazione dal contenuto

⁴³ In tal senso, Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, cit., par. 41.



equivalente” si faccia riferimento a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane, in sostanza, invariato rispetto a quello che ha dato luogo all’accertamento di illiceità⁴⁴. In tal caso, il giudice, per garantire il principio della certezza del diritto, dovrà individuare in maniera chiara, precisa e prevedibile quali contenuti vadano rimossi, individuando gli elementi specifici da prendere in considerazione (ad es. il nome della persona interessata dalla violazione, oppure le circostanze in cui è stata accertata tale violazione) e consentendo, anche in questo caso, all’utente la possibilità di contestare la misura adottata dall’*hosting provider* nei suoi confronti⁴⁵.

Infine, la Corte di giustizia si pronuncia sull’estensione territoriale dell’obbligo di rimozione, affermando che la direttiva sul commercio elettronico non osta a che i provvedimenti di rimozione possano produrre effetti estesi a livello globale e non limitati al solo territorio dell’Unione⁴⁶.

In definitiva, la Corte di giustizia, nella pronuncia in esame, ritiene che non si ponga in contrasto con l’esclusione dall’obbligo generale di sorveglianza attiva *ex ante* dei contenuti pubblicati dagli utenti, previsto dall’art. 15 della direttiva, l’ordine del giudice al gestore del *social network* di rimozione delle informazioni dal contenuto identico e/o equivalente a quello di un’informazione precedentemente dichiarata illecita, ove sia assicurato il rispetto di due condizioni. Da una parte, la sorveglianza e la ricerca attiva sia limitata a contenuti, in sostanza, invariati rispetto a quelli che hanno dato luogo all’accertamento di illiceità. Dall’altra parte, i contenuti equivalenti da rimuovere vengano individuati dall’autorità giurisdizionale o amministrativa in maniera chiara e precisa, in modo tale che il prestatore di servizi non debba essere costretto ad effettuare una valutazione autonoma sugli stessi, potendo ricorrere a procedure automatizzate⁴⁷.

⁴⁴ Puntualmente Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, cit., par. 39.

⁴⁵ A ben vedere, la necessità di predisporre una possibilità di ricorso davanti ad un’autorità giurisdizionale da parte degli utenti terzi contro la rimozione di contenuti identici e/o equivalenti a quello precedentemente dichiarato illecito è prospettata (non nella sentenza della Corte, bensì) nelle conclusioni dell’Avvocato generale Maciej Szpunar presentate il 4 giugno 2019, in relazione alla causa C-18/18, cit., par. 72.

⁴⁶ Sull’estensione territoriale dell’obbligo di rimozione v. O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 2019, il quale mette a confronto il caso *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited* con la sentenza (di poco precedente) della Corte giust. UE, 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, in *Banca dati DeJure*, ove la Corte afferma che il gestore di un motore di ricerca (Google), quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare la rimozione dei *link* non in tutte le versioni del motore di ricerca, ma (solo) in quelle corrispondenti al territorio degli Stati membri.

⁴⁷ L’uso di algoritmi per l’individuazione di contenuti equivalenti a quelli già dichiarati illeciti implica



5. – Dall’emanazione della direttiva sul commercio elettronico sono trascorsi ormai vent’anni, durante i quali l’Unione europea ha affrontato il problema dei contenuti illegali *online* con diverse misure, sia vincolanti che non vincolanti⁴⁸.

Il trend normativo dell’ultimo periodo mostra una tendenza del legislatore europeo verso una linea di regolamentazione di tipo settoriale, basata sulla soluzione di specifici problemi.

In tal senso si può richiamare innanzitutto la direttiva relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia 2011/92/UE, che prevede l’adozione di misure per assicurare la tempestiva rimozione o il blocco delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico⁴⁹. Nella stessa direzione la direttiva antiterrorismo 2017/541/UE, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie a contrastare i contenuti *online* che incitano a commettere atti di terrorismo, adottando misure di blocco e di tempestiva rimozione di tali contenuti⁵⁰. Ancora, la direttiva sui servizi di media audiovisivi 2018/1808/UE prevede che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video adottino misure adeguate contro programmi, video caricati dagli utenti o comunicazioni audiovisive nocive per lo sviluppo fisico e mentale dei minori o, più in generale, di istigazione alla violenza, all’odio o di tipo discriminatorio⁵¹. Da ultimo, la direttiva *copyright* 2019/790/UE consente al *provider* di rendere accessibili sulla propria piattaforma materiali coperti dal diritto d’autore solo a seguito della stipula di un contratto di licenza d’uso con il titolare del diritto. Tale condizione si riflette anche sul regime di responsabilità, consentendo di ritenere civilmente responsabile il gestore della piattaforma che permette all’utente di caricare un contenuto coperto dal

certamente un rischio per la libertà di espressione sul web. I mezzi di ricerca automatizzati, infatti, possono non essere in grado di cogliere le sfumature del discorso. Di conseguenza, potrebbero essere rimossi e/o bloccati anche contenuti di critica o satira.

⁴⁸ Tra le misure non vincolanti occorre menzionare il «Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all’odio online», che la Commissione europea ha sottoscritto con Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft. Tale codice impone alle suddette aziende informatiche di vagliare entro 24 ore le segnalazioni degli utenti relative a messaggi di odio pubblicati sulle piattaforme, di rimuovere i contenuti odiosi e di promuovere nelle proprie linee guida i valori sottesi alla legislazione antidiscriminatoria.

⁴⁹ Art. 25 direttiva 2011/92/UE, rubricato «Misure contro i siti web che contengono o diffondono materiale pedopornografico».

⁵⁰ Art. 21 direttiva 2017/541/UE, rubricato «Misure per contrastare i contenuti online riconducibili alla pubblica provocazione». In questo settore, inoltre, le piattaforme *online* rimuovono volontariamente i contenuti terroristici sulla base delle segnalazioni inviate dall’unità addetta alle segnalazioni su Internet (IRU) di Europol.

⁵¹ Art. 28-ter direttiva 2018/1808/UE, rubricato «Disposizioni applicabili ai servizi di piattaforma per la condivisione di video».



diritto d'autore in assenza di autorizzazione, qualora non ricorrano le condizioni di esonero, al verificarsi delle quali, invece, il prestatore di servizi non risponde del fatto illecito commesso dall'utente⁵².

Ciascuna delle normative prese in considerazione richiede un intervento sempre più incisivo da parte del *provider* sui contenuti immessi nella piattaforma dagli utenti destinatari del servizio.

Emerge, dunque, un diverso atteggiamento nei confronti dei gestori delle piattaforme *online* rispetto al *favor* manifestato dal legislatore europeo ai tempi della direttiva *e-commerce*.

Sotto altro profilo, inoltre, occorre tener conto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia. Come rilevato, infatti, si registra una tendenza delle corti a interrogarsi, caso per caso, sulla natura delle attività svolte dall'*hosting provider*, al fine di stabilire se considerarlo un soggetto neutro (con conseguente esenzione da responsabilità) ovvero un soggetto attivo, in grado di avere conoscenza ed esercitare un controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate nella piattaforma (con correlativa assunzione di responsabilità).

Questo duplice dato (normativo e giurisprudenziale) non può essere trascurato.

Esso mette in luce, per un verso, la tendenza del legislatore a intervenire, seppure settorialmente, imponendo (maggiori) obblighi di controllo in capo al *provider* e, per altro verso, la propensione della giurisprudenza a restringere il campo di applicazione del regime di esenzione da responsabilità in relazione all'attività svolta dal prestatore di servizi.

Si tratta di due fenomeni diversi, ma convergenti.

Da una parte, lo sviluppo della legislazione speciale tende ad invadere un ambito prima interessato esclusivamente dalla normativa sul commercio elettronico, dettando regole nuove che si riflettono anche sul regime di responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*.

⁵² In particolare, l'art. 17, par. 4, della direttiva 2019/790/UE, rubricato «*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*», prevede che «Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».



Dall'altra, l'evoluzione della giurisprudenza (europea e nazionale) mostra non solo una propensione al restringimento dell'ambito di applicazione della figura dell'*hosting* passivo, ma anche, per effetto della più recente sentenza della Corte di giustizia in materia di *social network*, una tendenza a rileggere il divieto di sorveglianza generale, previsto dall'art. 15 della direttiva, in senso restrittivo. Infatti, l'obbligo di ricercare contenuti identici ovvero equivalenti ad altri, precedentemente dichiarati illeciti, non può che essere realizzato mediante una generalizzazione dei controlli compiuti dal *provider* sulle attività svolte dagli utenti in rete. Tali processi sono ancora in evoluzione, tuttavia dagli stessi può ricavarsi un atteggiamento di maggior rigore nella interpretazione (oggi sempre più restrittiva) della disciplina di particolare favore prevista in materia di responsabilità del prestatore di servizi di *hosting*.

6. – L'analisi condotta traduce la necessità di muoversi in una prospettiva di riforma (quantomeno parziale) del regime di responsabilità civile degli intermediari online.

Evidenti risultano infatti le lacune della disciplina attuale, nonché la persistente incertezza nell'applicazione delle norme esistenti, con conseguenti decisioni giudiziali, sia a livello nazionale che sovranazionale, tra loro contrastanti.

Considerato che dottrina e giurisprudenza prevalenti non mettono in discussione l'impostazione di fondo adottata dalla direttiva, la prospettiva di riforma preferibile appare quella volta ad adattare le regole esistenti al nuovo ambiente digitale⁵³.

Nella direzione di una modifica parziale del regime esistente potrebbe anzitutto mirarsi alla definizione di fornitore di servizio della società dell'informazione. Attualmente, infatti, le regole di responsabilità si applicano senza distinguere a seconda dell'intermediario che presta il servizio. Tuttavia, negli ultimi anni, è aumentato esponenzialmente il numero dei fornitori di servizi digitali, soggetti tra loro assai diversi sia in ragione dell'attività svolta che del potere di mercato. Alla luce di tale circostanza potrebbe risultare opportuno prevedere una disciplina differenziata nel correlativo trattamento normativo, in relazione al potere economico esercitato dall'intermediario all'interno del mercato. Questo (anche) al fine di definire una serie di obblighi aggiuntivi in capo ai

⁵³ In questa direzione il 12 maggio 2020 è stato pubblicato dal Parlamento europeo un documento redatto dal Servizio Ricerca dei deputati, nell'ambito della Direzione generale per i servizi di ricerca parlamentare (EPRS) del Segretariato del Parlamento europeo che riassume le proposte di riforma del regime di responsabilità degli *Internet service provider*. Si tratta del *Reform of the EU liability regime for online intermediaries: Background on the forthcoming digital services act*, in www.europarl.europa.eu.



grandi intermediari, in considerazione del loro ampio o significativo status di mercato⁵⁴. A ben vedere, la necessità di riservare un trattamento normativo differenziato tra i providers che operano all'interno del mercato unico è stata già avvertita dal legislatore europeo e soddisfatta nella direttiva sul diritto d'autore, la quale prevede un regime di responsabilità del fornitore del servizio fondato sul principio di proporzionalità. L'adempimento degli obblighi gravanti sul prestatore del servizio viene così valutato in base a una pluralità di elementi: il tipo di opere o materiali oggetto del servizio, la dimensione del servizio, il pubblico destinatario del servizio e la disponibilità, in capo al prestatore, di strumenti adeguati ed efficaci di protezione del diritto d'autore⁵⁵.

Questo tipo di approccio, che porta a distinguere tra “grandi” e “piccoli” intermediari, imponendo obblighi di diligenza in misura diversa a seconda della forza economica del soggetto che viene in rilievo, implica la necessità di individuare, in sede legislativa, criteri di selezione certi. Il rischio, altrimenti, è quello di rimettere alla piena discrezionalità del giudice il compito di definire e circoscrivere la portata della nozione.

Un secondo aspetto sul quale ci si potrebbe soffermare attiene all'utilizzo, sempre più frequente, da parte delle piattaforme online di sistemi di filtraggio automatizzati. Tali misure risultano (già) conformi alla direttiva sul commercio elettronico, secondo la quale le disposizioni in materia di responsabilità non impediscono lo sviluppo e l'utilizzo effettivo di sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché di strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale⁵⁶. Sotto questo profilo si è rilevato in precedenza come, anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, il ricorso a questi sistemi possa essere inteso nel senso dell'introduzione di un obbligo di sorveglianza attivo generalizzato in contrasto con il divieto previsto dall'art. 15 della direttiva, da molti considerato pietra miliare di tutto il regime di responsabilità degli intermediari. D'altra parte, l'utilizzo di filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sembra essere, in concreto, l'unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall'altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio.

⁵⁴ Così, A. HOFFMANN, A. GASPAROTTI, *Liability for illegal content online: Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a “Digital Services Act”*, CEP study, March 2020.

⁵⁵ Art. 17, par. 5, direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

⁵⁶ Considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.



Ciò considerato, sarebbe opportuno concentrare l'attenzione sugli strumenti da utilizzare per evitare che il ricorso a tali misure non si risolva nella lesione di interessi individuali e/o generali.

In primo luogo potrebbero essere introdotti meccanismi che consentano di garantire agli utenti un adeguato livello di trasparenza sul funzionamento delle tecnologie poste alla base degli algoritmi di filtraggio, così come previsto dalla normativa europea in altri settori. Si pensi, al riguardo, al regolamento generale sulla protezione dei dati personali (regolamento UE 2016/679), che subordina il trattamento automatizzato degli stessi a garanzie adeguate, tra cui l'obbligo di informativa specifica nei confronti dell'interessato, il diritto di ottenere l'intervento umano, il diritto di esprimere la propria opinione, il diritto di ottenere una spiegazione sulla decisione resa e di contestarla⁵⁷.

Inoltre, l'uso di sistemi di filtraggio automatizzati può esporre a rischi di compressione della libertà di espressione sul web. Spesso, infatti, l'algoritmo, non considerando il contesto e non essendo in grado di cogliere le sfumature del discorso, commette errori (i c.d. falsi positivi), procedendo alla rimozione e/o al blocco di contenuti non illegali. In questa prospettiva, dunque, il ricorso all'automazione andrebbe controbilanciato dall'introduzione di una procedura di notifica e rimozione del possibile contenuto illecito dettagliata e armonizzata a livello europeo, che assicuri il rispetto di adeguate garanzie procedurali minime e, in ogni caso, la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale. In particolare, sarebbe necessario assicurare una sorta di contraddittorio tra il soggetto presunto danneggiato, che effettua la segnalazione del contenuto illecito, e l'autore del contenuto stesso. Una tale procedura dovrebbe potersi svolgere in forme snelle e tempi rapidi, consentendo (in via sussidiaria) la possibilità di adire il giudice a fronte della decisione definitiva di rimozione del contenuto da parte del *provider*. Questo regime potrebbe essere modellato su quello statunitense del *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), che, per un verso, esclude la responsabilità dell'ISP ove questi abbia provveduto a rimuovere il contenuto sulla base della mera comunicazione informale da parte del soggetto presunto danneggiato e, per altro verso, qualora il contenuto eliminato si riveli – in un

⁵⁷ Considerando n. 71 Regolamento (UE) 2016/679, su cui si veda, in termini generali, G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 10 ss.

Con particolare riferimento alla questione concernente la configurabilità di un diritto alla spiegazione delle decisioni automatizzate, nonché alla loro leggibilità cfr. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1209 ss. e G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Priv. Law*, Vol. 7, 2017, 243 ss.

JUS CIVILE



secondo momento – lecito, addebita al soggetto che ha inviato la diffida (e non al *provider*) l'obbligo di risarcire l'utente per il pregiudizio subito⁵⁸.

Si tratta di modifiche che certamente determinano una deviazione rispetto all'impianto originario messo a punto dal legislatore europeo, ma che appaiono necessarie alla luce dell'evoluzione verificatasi, dall'inizio del secolo, nell'ambiente digitale e, con esso, nei rapporti economici e giuridici tra le parti interessate.

⁵⁸ Sul punto, G. CASSANO, I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»*, in *Contratti*, 2004, 88 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 178 ss.; più di recente, P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Dir. inform.*, 2011, 285 ss.