

27 dicembre 2011

## Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate

di Marialuisa Gambini

### *1. La responsabilità civile in Internet tra logiche del mercato e tutela dei diritti*

L'inadeguatezza del sistema aquiliano tradizionale a fronteggiare nuove fattispecie di illecito, che ha già condotto, in passato, allo sviluppo di nuovi sistemi di responsabilità<sup>[1]</sup> nel campo dell'illecito extracontrattuale, risulta tanto più evidente in riferimento alla nuova realtà telematica, ove solo si consideri la forza invasiva della tecnologia digitale e la rivoluzione che l'avvento della stessa ha realizzato nell'elaborazione e nello scambio dei dati informativi e nella comunicazione interpersonale, mediante l'abbattimento di ogni distanza geografica e temporale e la completa delocalizzazione delle relazioni umane<sup>[2]</sup>. Tutto ciò ha determinato la necessità, avvertita in primo luogo a livello comunitario, di affiancare alle normative già esistenti – nel nostro ordinamento, la disciplina generale sulla responsabilità da fatto illecito, *ex art.* 2043 c.c. e, più in generale, le ordinarie regole della responsabilità civile – norme dettagliate e specifiche<sup>[3]</sup>, ad altro contenuto tecnico<sup>[4]</sup>, dedicate, appunto, al tema della responsabilità del prestatore di servizi nella società dell'informazione.

In tale materia, pertanto, il diritto - comunitario prima e italiano conseguentemente - mostra la chiara intenzione di non abdicare alla sua funzione di disciplina ordinante del mercato telematico, per divenire mero strumento di controllo di una nuova realtà socio-economica che produce da sola le sue regole - rimesse all'autoregolamentazione delle parti, all'operatività di regole tecniche e all'intervento sostitutivo della giurisprudenza<sup>[5]</sup> -. L'elaborazione di una normativa speciale, che interviene a definire i caratteri della responsabilità civile degli intermediari di Internet, segna, altresì, il superamento di quelle concezioni dottrinali che, trascurando le peculiarità del mezzo tecnico utilizzato, tendono a ricondurre tutta la disciplina di Internet nell'ambito del diritto interno o del diritto internazionale tradizionale<sup>[6]</sup>.

Sono, poi, i tratti peculiari degli illeciti telematici e, in particolare, la loro dimensione essenzialmente sopranazionale e delocalizzata, ad imporre l'esigenza di un coordinamento tra le diverse regolamentazioni normative statali, in primo luogo, in ambito comunitario e, poi, inevitabilmente, in campo internazionale. Ed è, infine, il continuo mutare della realtà tecnologica regolamentata a rendere

arduo il tentativo di tenere il passo delle innovazioni con un'efficace azione di regolamentazione normativa di fonte primaria e a giustificare gli spazi sempre più ampi che vengono via via occupando nell'ambito della responsabilità civile telematica altre e diverse forme di regolamentazione, riconducibili a fenomeni eterogenei di normazione non autoritativa, che vanno dalle regole di autoregolamentazione[7], alle regole e alle linee guida elaborate da organismi sopranazionali per la soluzione di problemi particolarmente avvertiti dalla comunità degli utenti e operatori di Internet[8], agli usi comuni[9], alle regole di buona condotta[10].

Il quadro regolamentare della responsabilità civile telematica che ne discende si presenta, pertanto, come il prodotto composito del concorso, in alternativa o meglio in combinazione, di diversi complessi di regole e di molteplici modelli di regolamentazione[11], riconducibili ora all'una ora all'altra delle fonti regolamentari richiamate.

La scelta del legislatore comunitario di disciplinare la responsabilità civile degli Internet *service providers* all'interno della direttiva 2000/31/CE (recepita in Italia con il d.lgs. 9 aprile 2003, 70) volta a definire la struttura del nascente mercato telematico[12], allo scopo precipuo di promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, se, per un verso, esprime la consapevolezza del ruolo ordinante che tali norme normalmente rivestono di elemento strutturale portante della realtà disciplinata, dall'altro, manifesta il convincimento che le "divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsioni della concorrenza" (considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE)[13].

Peraltro, il tema della responsabilità degli Internet *service providers* trascende il solo profilo degli interessi economici legati all'uso delle nuove tecnologie informatiche e telematiche - di cui sono, in primo luogo portatori i prestatori intermediari, che offrono, per lo più in forma imprenditoriale, il supporto tecnologico imprescindibile al funzionamento della rete Internet[14] - per coinvolgere valori più strettamente connessi alle libertà e ai diritti fondamentali della persona. Il diritto di accesso alla rete Internet costituisce, infatti, il fondamento per la piena partecipazione dell'individuo alla vita sociale del Paese e, dunque, per l'attuazione dei principi di democrazia e sovranità popolare (art. 1 Cost.) e rappresenta un efficace strumento di esercizio di libertà fondamentali (si pensi alla libertà di manifestazione del pensiero, nella duplice accezione di libertà ad informare e ad essere informati, art. 21 Cost., alla libertà della cultura e della ricerca scientifica, artt. 9 e 33 Cost., alla libertà di associazione, art. 18 Cost., alla libertà della corrispondenza, art. 15 Cost., alla libertà di iniziativa economica, art. 41 Cost.), così favorendo il libero sviluppo della persona umana (art. 2 Cost.) e l'uguaglianza formale e sostanziale degli individui (art. 3 Cost.).

La direttiva 2000/31/CE e la normativa di recepimento rappresentano appunto il risultato delle valutazioni di politica del diritto e delle scelte operate dal legislatore al fine di assicurare un contemperamento e "un punto di equilibrio tra i vari interessi in gioco" (considerando n. 41 della direttiva 2000/31/CE)[15] facenti capo ai diversi soggetti che si incontrano sulla rete: i prestatori dei servizi della società dell'informazione e i loro destinatari.

La consapevolezza degli effetti paralizzanti che potrebbe produrre sul sistema Internet un indiscriminato riconoscimento di responsabilità degli Internet *service providers*[16] - in termini di aumento eccessivo dei costi dei servizi offerti e di selezione degli operatori, in quanto solo quelli economicamente più forti potrebbero continuare ad operare- e delle conseguenze negative che un eccesso di responsabilità dei prestatori intermediari potrebbe comportare in ordine all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali degli utenti e, in primo luogo, della libertà di manifestazione del pensiero[17] - per la riduzione del pluralismo e della libertà in rete ed il rischio di interventi di selezione e censura ad opera dei prestatori di servizi, in specie di *hosting*, sui materiali ospitati potenzialmente lesivi di diritti altrui - ha

determinato e giustificato la scelta operata dal legislatore comunitario e conseguentemente da quello italiano di ancorare la disciplina della responsabilità civile degli intermediari al criterio di imputazione della colpa[18], che viene ad essere dotato di un contenuto di specificità, e, ad un tempo, conformato e graduato, *ex lege*, per così dire, ritagliato, a misura dell'attività professionale svolta dal prestatore.

L'accoglimento da parte del legislatore della regola della colpa ha l'indubbio merito di aver favorito lo sviluppo del nascente mercato telematico[19]. Tuttavia, di fronte all'attuale realtà di Internet[20] e in presenza di sempre più frequenti e gravi violazioni dei diritti della persona in rete, che rendono quanto mai concreti i timori legati all'elevata potenzialità dannosa degli illeciti telematici[21], si tratta di verificare se essa sia in grado di dare adeguata risposta ai bisogni di maggiori controlli sui contenuti presenti in rete in più occasioni manifestati dalla società civile. Nella consapevolezza che lo sviluppo equilibrato di Internet non possa prescindere dalla formazione di una corretta cultura delle responsabilità nei soggetti attivi sulla rete e dalla garanzia del pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli utenti.

## 2. Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dell'hosting provider

Una serie di pronunce giurisprudenziali[22] ha posto recentemente al centro dell'attenzione dei *media* e dell'opinione pubblica il tema della responsabilità civile (e penale) in rete e quello, intimamente connesso, del ruolo dei prestatori di servizi Internet, in specie di *hosting*, rispetto ai contenuti immessi in rete. L'interesse manifestato dalla realtà sociale e giuridica non può considerarsi casuale.

Infatti, per un verso, la nuova fase di sviluppo di Internet, legata all'uso generalizzato dei motori di ricerca, dei protocolli di condivisione, quali il *peer-to-peer* e dei *social network*, ha reso più facile, insieme alla ricerca, all'immissione e alla circolazione delle informazioni, la commissione e la diffusione degli illeciti in rete. Per l'altro, la mutata realtà telematica ha visto l'affermarsi di nuovi servizi, generalmente riconducibili nell'attività di *hosting*[23] e cambiare il ruolo dei prestatori intermediari e, in particolare, degli *hosting providers*, che sono venuti ad assumere sovente una posizione differenziata rispetto alle categorie tipizzate dal legislatore. E ciò ha posto all'interprete nuovi problemi di qualificazione e di inquadramento normativo dei servizi prestati, ai fini della corretta individuazione della regola di responsabilità.

Peraltro, ancor prima dell'intervento del legislatore comunitario, il ruolo dei giudici è divenuto determinante nella ricerca del fondamento e dei limiti della responsabilità in Internet, proprio a partire dagli anni in cui la diffusione dell'uso della rete quale strumento di commercio di beni e servizi e di ricerca, offerta e circolazione delle informazioni, ha visto l'affermarsi di nuove modalità di commissione degli illeciti civili e posto la questione del possibile coinvolgimento degli Internet *service providers* negli illeciti commessi dagli utenti dei loro servizi[24].

L'interesse per le soluzioni proposte dalla giurisprudenza non è, comunque, venuto meno neppure a seguito del recepimento della direttiva 2000/31/CE: in primo luogo, in ragione di talune lacune e difficoltà interpretative, alimentate anche dalla non chiara formulazione delle disposizioni del decreto n. 70 del 2003, che rendono quanto mai opportuno verificare le scelte interpretative e le linee di tendenza espresse nelle recenti applicazioni delle regole sulla responsabilità degli Internet *service providers*. Inoltre, per la necessità di verificare se e come la giurisprudenza stia affrontando le nuove questioni poste dalla mutata realtà telematica e dal nuovo ruolo svolto dai prestatori intermediari, in specie di *hosting*.

L'indagine compiuta ha evidenziato come maggiormente ricorrenti nella pratica le seguenti tipologie di illeciti telematici[25]:

1) Omonimia e confusione tra *domain names*, vale a dire tra gli indirizzi prescelti per individuare diversi

siti Internet, cui può equipararsi l'omonimia e confusione tra *domain names* e segni distintivi (i marchi in particolare) di altro imprenditore. Si tratta, in altri termini, di forme di indebito utilizzo del nome di dominio o dei segni distintivi altrui, che, oltre a poter rilevare come violazione del diritto di esclusiva del legittimo titolare (contraffazione), possono assumere rilievo sotto il profilo della concorrenza sleale, di cui all'art. 2598 c.c. Si pensi alle ipotesi, peraltro assai ricorrenti nella pratica, in cui venga richiesta la registrazione del marchio registrato da altri per denominare il proprio sito Internet[26]. Tale attività illecita è consentita da regole di assegnazione[27] che escludono ogni accertamento sulla richiesta per prima effettuata, in quanto ispirate al principio *first come, first served* e, cioè chi per primo chiede la registrazione, per primo ottiene il diritto di usare in esclusiva il nome. E viene posta in essere dall'utente, talvolta inconsapevolmente, talaltra dolosamente, con l'intento, cioè, di sfruttare la notorietà del segno distintivo di un'impresa concorrente o la diffusione del prodotto concorrente[28].

Le pronunce giurisprudenziali chiamate a pronunciarsi in merito alla possibilità di ipotizzare una corresponsabilità dell'*hosting provider* che ospiti un sito individuato da un nome di dominio abusivo, sembrano propendere per la soluzione affermativa, almeno nei casi di manifesta coincidenza del nome di dominio con un marchio famoso[29] - in considerazione del fatto che, di norma, nel servizio di *hosting* è ricompresa l'assistenza nella registrazione del dominio presso gli enti preposti, in nome e per conto dell'azienda che la richieda[30] - e nelle ipotesi in cui il *provider* di ospitalità, avuta notizia certa di tale abusività, non si attivi, per quanto è nelle sue possibilità, al fine di impedire che gli effetti dannosi derivanti dalla illecita registrazione si protraggano oltre[31].

2) Utilizzo non autorizzato di un segno distintivo, marchio o ditta di altro imprenditore quale *metatag* - parola chiave, codificata nel linguaggio di programmazione HTML e non visibile sulla pagina *web* - che i motori di ricerca utilizzano per indicizzare i siti presenti sulla rete e che consente di far raggiungere i siti indicizzati da coloro che facciano uso di quel dato segno distintivo come chiave di ricerca[32], che potrebbe rilevare non solo come violazione del diritto di esclusiva del legittimo titolare (contraffazione), ma anche come atto di concorrenza sleale, *ex art.* 2598 c.c.[33].

Nella definizione delle condizioni alle quali è possibile coinvolgere nella responsabilità del titolare del sito *web*, il *content provider* che ne abbia realizzato la pagina[34], l'intermediario che ospiti il sito indicizzato con un *meta-tag* ingannevole o il motore di ricerca in grado di indicizzare il sito e di farlo raggiungere agli utenti, rileva, in particolare, una recente pronuncia della Corte di Giustizia[35], chiamata a pronunciarsi in merito alla possibilità di proporre azioni giudiziarie contro i fornitori di servizi di posizionamento su Internet, nei casi in cui ricorrano delle ipotesi di concorrenza sleale. La Corte, dopo aver qualificato il servizio prestatato, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite dall'inserzionista, come un'attività di *hosting* - al fine di individuare la regola di responsabilità applicabile - rimette al Giudice nazionale "che meglio può conoscere le modalità concrete della fornitura del servizio", la valutazione del ruolo (neutrale o meno) svolto dal *provider* nell'offerta del servizio stesso, indicando una serie di elementi che possono rilevare in tale prospettiva, quali, ad esempio, i suggerimenti in merito alla rilevanza o pertinenza delle *keywords* da acquistare rispetto al bene offerto dall'inserzionista, il fatto che sia il prestatore a stabilire l'ordine di visualizzazione degli annunci in funzione del pagamento da parte degli inserzionisti ed escludendo, invece, che si possa attribuire rilevanza esclusiva al profitto che il *provider* trae dall'attività che svolge, richiedendo la normativa, ai fini dell'esenzione da responsabilità, la mancanza di conoscenza dell'illiceità dell'attività o dell'informazione e non la mancanza di un interesse economico.

3) Violazione delle norme sul diritto d'autore, attraverso la riproduzione o pubblicazione *on line* di documenti, immagini ed altre opere d'ingegno senza l'autorizzazione dell'autore o del titolare dei diritti di utilizzazione economica, ovvero attraverso l'utilizzo di dati facenti parte di una banca dati, senza l'autorizzazione del soggetto titolare della banca dati stessa.

Un certo numero di casi giurisprudenziali[36] si è occupato della possibilità di coinvolgere i *providers* di

*hosting* nella responsabilità degli utenti per l'utilizzazione illecita di opere protette, escludendo che la si possa affermare in via generale e indiscriminata, data l'assenza di una norma che sancisca a loro carico una forma di responsabilità oggettiva e richiedendo che si proceda, in riferimento alle singole fattispecie concrete, all'accertamento della colpa (o eventualmente del dolo) del fornitore del servizio e ad un'analisi accurata delle specifiche circostanze di fatto<sup>[37]</sup> che caratterizzano l'illecito.

4) Lesione, anche in forma anonima, dei diritti della personalità di un soggetto (come il diritto alla riservatezza, all'identità personale, all'immagine, all'onore e alla reputazione)<sup>[38]</sup>, attraverso la diffusione in rete di notizie o immagini che lo riguardano. Talune pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto di poter sostenere l'applicabilità, in via analogica, agli *Internet service providers*, in quanto soggetti che producono o gestiscono l'informazione, dell'art. 11 l. 8 febbraio 1948, n. 47, recante disposizioni sulla stampa, ai sensi del quale "per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore". Ciò almeno nei casi in cui si riesca a fornire la prova positiva del diretto contributo da questi dato alla pubblicazione e alla diffusione dell'opera diffamatoria via Internet<sup>[39]</sup>. Le pronunce di merito più recenti sembrano, però, segnare il definitivo abbandono del richiamo alla normativa sulla stampa e tendono a sancire una sostanziale irresponsabilità dell'*hosting provider* per i contenuti diffamatori pubblicati in rete mediante l'utilizzo dello spazio *web* offerto sul proprio *server*, senza avere alcun potere di controllo e di vigilanza sul materiale stesso<sup>[40]</sup>, proponendo, anche in riferimento a questo tipo di illecito, un approccio caso per caso, teso ad attribuire rilevanza alle attività in concreto poste in essere dall'intermediario.

Dalla rassegna svolta risulta evidente come l'orientamento assolutamente prevalente seguito dalla giurisprudenza italiana successiva al recepimento della direttiva 2000/31/CE, in materia di responsabilità dell'*hosting provider*, rimetta alle valutazioni discrezionali e perciò mutevoli dell'interprete, da effettuarsi, caso per caso, in riferimento al singolo soggetto e alla singola fattispecie concreta, la definizione del livello di diligenza che consente all'operatore di godere delle condizioni di irresponsabilità previste dalla normativa. Nel tentativo di fissare le condotte dalle quali può discendere la responsabilità degli operatori telematici, l'unica soluzione percorribile sembra, dunque, essere per i giudici quella che, muovendo da un'attenta valutazione del comportamento e dell'atteggiamento psichico del prestatore nella singola fattispecie concreta, sia volta a verificare, caso per caso, le circostanze soggettive e oggettive in cui è avvenuta la violazione, in relazione alla natura dell'illecito compiuto e ai suoi caratteri, al rapporto tra *provider* e utente, ecc., non potendosi prescindere da un'indagine casistica nel delimitare la condotta e il grado di diligenza, di volta in volta, esigibile dallo stesso. E tutto ciò vuol dire valorizzare le connotazioni soggettive della responsabilità.

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione che non tiene in debito conto la scelta operata dal legislatore interno, che ha inteso ovviare alla difficoltà di predefinire *ex lege* il livello di diligenza dovuto - evidentemente avvertita nelle formulazioni adottate dalla direttiva e dalla legge delega - attraverso la tipizzazione degli obblighi di diligenza professionale posti a carico dell'*Internet service provider*, alla quale consegue un'oggettivazione<sup>[41]</sup> della nozione di colpa extracontrattuale nel settore dell'intermediazione telematica. Con l'obiettivo appunto di arginare la discrezionalità del giudice nella valutazione dell'elemento psicologico e della diligenza del prestatore di servizi Internet, attraverso la puntuale predefinizione delle condotte dell'intermediario alle quali connettere l'applicazione, per certi versi automatica, della sanzione risarcitoria comminata<sup>[42]</sup>.

L'impostazione adottata dai giudici di merito, pur non sembrando porsi in contrasto con il sistema normativo vigente nel nostro Paese - che sebbene incentrato sulla colpa specifica dell'intermediario, non preclude all'interprete, ai fini dell'imputazione della responsabilità, ogni accertamento ulteriore sull'atteggiamento psichico del prestatore, tenuto ad improntare tutta la sua attività alla diligenza professionale dovuta - manifesta la scarsa efficienza della disciplina risultante dal decreto n. 70 del 2003 rispetto all'obiettivo perseguito di dar vita, in tema di responsabilità civile telematica, a regole giuridiche

ad applicazione per certi versi automatica, e di certo non giova alla coerenza ed uniformità delle soluzioni proposte.

Nel quadro complesso descritto, l'adozione della diligenza professionale[43] quale criterio concreto di valutazione della condotta degli intermediari, offre all'interprete degli *standards* valutativi, funzionali all'indagine, da condursi caso per caso, sulla colpa del singolo operatore. In tale contesto, la nozione di colpa professionale[44], giustificata dall'affidamento creato negli utenti della rete dalla particolare posizione professionale ed economica degli operatori e dalla funzione che essi sono chiamati ad assolvere di intermediazione necessaria nel flusso delle informazioni in Internet, si offre all'interprete come il concetto flessibile e conformabile sul quale costruire un sistema della responsabilità civile telematica, ove possibile, lieve, ma che, al tempo stesso, non costituisca una forma di disincentivo alla cooperazione con le autorità competenti e al controllo e alla vigilanza sulla rete[45].

### 3. La regola di responsabilità per l'attività di hosting

La nuova fase di sviluppo di Internet, divenuto ormai luogo virtuale di una serie infinita di comunicazioni, condivisioni e scambi di informazioni, beni e servizi, resi possibili dall'utilizzo generalizzato di *social network*, *blog*, motori di ricerca, protocolli *peer-to-peer* e portali di *e-commerce*, costringe ad interrogarsi sulla tenuta e sulla persistente attualità della regola sulla responsabilità civile dell'*hosting provider* (dettata dal legislatore comunitario, nella formulazione accolta nel nostro diritto interno), alla quale tali servizi vengono di norma ricondotti[46].

La direttiva 31/2000/CE e le norme del d.lgs. n. 70 del 2003 individuano tre distinti regimi di responsabilità, in funzione del tipo di attività svolta dal soggetto intermediario, isolando le posizioni giuridiche del *provider mere conduit*, del *caching provider* e dell'*hosting provider*[47]. La generica definizione di prestatore di servizi della società dell'informazione di cui all'art. 2, lett. b) del decreto, viene pertanto, a specificarsi, con riguardo al profilo della responsabilità, nelle tre categorie di operatori maggiormente note all'esperienza concreta, in relazione al o ai servizi(o) effettivamente resi e alle relative caratteristiche. La possibilità di scomporre e ridurre la maggior parte dei servizi prestati dagli *Internet service providers* in una o più delle tre attività individuate[48], che consente una generale distribuzione degli stessi tra le tre categorie prefigurate, non permette, però, di coprire l'intero campo degli illeciti telematici, perché, se risolve il problema del possibile coinvolgimento degli intermediari negli illeciti aventi ad oggetto contenuti di terzi, in relazione all'effettività del servizio reso - comprese le rilevanti ipotesi di responsabilità dei titolari dei servizi effettuati dai motori di ricerca e dai collegamenti ipertestuali[49] -, non considera gli illeciti di cui gli intermediari stessi siano chiamati a rispondere in via diretta ed esclusiva, rispetto ai quali rimane ferma la necessità di procedere all'individuazione di uno o più criteri di imputazione della responsabilità, eventualmente differenziati[50].

Il ruolo che i prestatori intermediari sono chiamati a svolgere nella repressione e prevenzione degli illeciti in Internet, si giustifica, in primo luogo, in ragione del fatto che l'operatore telematico offre uno o più servizi - che vanno dal semplice accesso e trasmissione dati, alla memorizzazione temporanea o permanente di informazioni - dai quali dipende l'ingresso e lo svolgimento di tutte le attività in rete - dalla messa a disposizione delle informazioni, alla navigazione per la ricerca, la consultazione e la trasmissione dei dati - e che, perciò, rappresentano il presupposto indefettibile degli illeciti commessi dagli utenti di Internet, principalmente, nell'immissione e diffusione di contenuti illeciti e, più in generale, abusando delle potenzialità connettive e comunicative offerte dalla rete telematica. Ciò spiega la centralità assunta, anche nella definizione delle responsabilità civili dell'*Internet service provider*, dai (o dal) servizi(o) effettivamente prestati(o) dall'intermediario e dal rapporto (contrattuale o di fatto) che lo lega al destinatario dei servizi Internet. E' in tale rapporto, infatti, che viene ad inserirsi un fatto illecito del destinatario stesso, che determina l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria tra l'*Internet service provider* e il danneggiato-fruitoro della rete: soggetti originariamente terzi. in quanto. appunto.

non intercorre tra essi alcuna relazione diretta, sia essa contrattuale o meno. In questo ambito, che, pertanto, la presuppone, la tipologia di servizio prestata finisce col condizionare la stessa configurabilità e i caratteri della responsabilità extracontrattuale in capo agli operatori telematici, che viene ad atteggiarsi in maniera diversa a seconda del tipo di attività esercitata e, in particolare, in funzione delle effettive possibilità che ne conseguono di interagire con i contenuti informativi lesivi immessi o ricercati in rete dagli utenti[51].

Quanto in particolare, alla responsabilità dell'*hosting provider*, vale a dire del prestatore che offre uno spazio sul proprio *server* e la memorizzazione duratura di informazioni su tale spazio, a richiesta del destinatario del servizio, essa è disciplinata dall'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 - che recepisce, uniformandosi al suo contenuto, l'art. 14 della direttiva - attraverso la tipizzazione delle cause di esonero da responsabilità[52]. Le condizioni di esenzione codificate possono essere guardate anche come regole positive di condotta per gli operatori che svolgono l'attività di *hosting*, individuando, sia pure in negativo, altrettanti comportamenti (commissivi ed omissivi) dovuti dal prestatore che la esercita, la cui violazione è di per sé sola sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità a suo carico[53], costituendo, ad un tempo, contenuto dell'illecito e criterio di valutazione della colpa (valorizzandone il profilo della perizia) del suo autore.

Risulta, peraltro, evidente, riportando il testo alla lettura per così dire "in positivo" ("il prestatore è responsabile delle informazioni memorizzate..."), l'intenzione del legislatore di ancorare la responsabilità del prestatore intermediario a comportamenti specifici (di astensione, informazione, identificazione, comunicazione e rimozione), predefiniti nei loro contenuti, in funzione della stessa professionalità del prestatore, non accontentandosi di un semplice e generico rinvio al principio del *neminem laedere*[54]. In tal modo introducendo una forma di responsabilità speciale[55] subordinata alla ricorrenza di puntuali condizioni e stabilendo, ad un tempo, norme positive di condotta volte a conformare l'esercizio dell'attività di *hosting*. Difatti, attraverso l'individuazione dei parametri concreti della diligenza professionale dovuta dall'*Internet service provider* in riferimento ai diversi servizi prestati e ai particolari attributi tecnici di qualificazione che l'accompagnano, le disposizioni normative finiscono con l'offrire agli operatori stessi modelli (*standards*) ai quali ispirare, in positivo, la propria condotta e sui quali regolare la propria presenza sul mercato telematico, allo scopo precipuo di prevenire le attività illecite[56].

L'attività di *hosting* realizza una stabile relazione dell'intermediario con le informazioni memorizzate sul suo *computer* che, almeno in linea teorica, dovrebbe rendere più agevole la conoscenza da parte del prestatore di eventuali contenuti illeciti. Anche se la natura dell'attività prestata di mera messa a disposizione dello spazio *web*, porta, almeno di norma, ad escludere tale conoscenza e, conseguentemente, il concorso della responsabilità del fornitore di ospitalità con quella del destinatario del servizio per le informazioni illecite memorizzate. Di qui il particolare contenuto della prima condizione di esonero da responsabilità (o anche di attribuzione di responsabilità) descritta dalla norma: il prestatore intermediario non potrà andare esente da responsabilità qualora eserciti l'attività di *hosting*, nonostante la conoscenza effettiva del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene alle azioni risarcitorie, pur essendo al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione (lett. a) [57].

Nel disciplinare l'altra condizione di esonero da responsabilità, la norma prende, invece, in considerazione la diversa ipotesi, che, peraltro, potrebbe verificarsi facilmente nella pratica, in cui l'*hosting provider*, informato dalle autorità competenti dell'illiceità delle informazioni o dell'attività dell'utente, non si attivi per l'oscuramento o il blocco delle stesse. L'art. 16, comma 1, alla lettera b) sanziona, appunto, tale atteggiamento inerte del prestatore intermediario, disponendo che questi non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che "non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca

immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

Le predette esclusioni di responsabilità non si applicano, tuttavia, se il cliente agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16, comma 2). Si pensi, ad esempio, al caso in cui i contenuti dei siti ospitati siano soggetti alla supervisione e alla sorveglianza di un *system manager*, appartenente all'organizzazione aziendale del *provider* fornitore di ospitalità. Il ruolo svolto, in tali casi, dall'amministratore di sistema giustifica la responsabilità in cui può incorrere il prestatore del servizio di *hosting* per le informazioni memorizzate, anche se fornite dal destinatario del servizio. Tale disposizione introduce un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, che consente il rinvio alla disciplina di cui all'art. 2049 c.c.[58]: nei casi di illecito commesso dal destinatario del servizio nello svolgimento di attività dirette o controllate dall'*hosting provider*, questi, infatti, potrà essere riconosciuto responsabile, in concorso con l'autore dell'informazione o dell'attività illecita.

Nelle previsioni in esame, il legislatore comunitario sceglie di ancorare la responsabilità dell'intermediario di *hosting* per le informazioni memorizzate alla ricorrenza del medesimo presupposto, ravvisato nella conoscenza che egli eventualmente abbia della illiceità delle stesse, diversificando, però, il livello di consapevolezza richiesto. In primo luogo, in funzione della natura, penale o civile, dell'illecito realizzato dall'utente: mentre, infatti, la maggiore gravità delle azioni penali giustifica il fatto che, ai fini della imputazione di responsabilità al prestatore intermediario, si richieda che egli sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'attività o dell'informazione; con riguardo alle azioni civili, evidentemente considerate di minore rilievo, la legge ritiene sufficiente che egli sia al corrente di fatti o di circostanze che rendano manifesta tale illiceità[59]. La terza fattispecie descritta, invece, lega l'inerzia (o il ritardo) dell'operatore nell'impedire l'ulteriore permanenza in rete delle informazioni o delle attività illecite, rilevante ai fini della imputazione di responsabilità, alla comunicazione dell'illecito avuta dall'autorità competente, che determina nel prestatore intermediario l'effettiva conoscenza dell'illecito stesso. La norma di recepimento, pertanto - diversamente dalla direttiva, che all'art. 14, comma 1, lett. b) impone al fornitore di ospitalità di agire immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso quando abbia conoscenza effettiva di fatti o circostanze “che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione” - restringe l'obbligo di immediata attivazione gravante sull'*hosting provider*, subordinandolo ad una precisa ufficializzazione della conoscenza legata, appunto, ad una comunicazione delle autorità competenti[60].

Le difficoltà interpretative, alimentate anche dalla non sempre chiara formulazione delle disposizioni normative del decreto, risiedono, in particolare, nella necessità di individuare l'estensione della diligenza che deve tenere l'*hosting provider* nelle indicate attività di conoscenza degli illeciti. Si tratta, in particolare, di chiarire il significato delle espressioni utilizzate dal legislatore nel costruire l'esenzione da responsabilità in materia di illeciti civili telematici, laddove sceglie di affiancare al richiamo alla “effettività della conoscenza”, il riferimento a “fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione” (art. 16, comma 1, lett. a); dovendosi stabilire se egli abbia inteso, così, semplicemente introdurre, in sede risarcitoria, una nozione di conoscenza circostanziata[61] ovvero, invece, abbia voluto equiparare, quanto agli effetti che ne discendono, la “conoscibilità dell'illiceità manifesta” alla “conoscenza effettiva” [62]. E nell'affermativa, definire i limiti entro cui la norma abbia inteso dare rilevanza alla mera possibilità che il prestatore abbia di conoscere la manifesta illiceità dell'attività o dell'informazione ospitate e, dunque, alla sua ignoranza colpevole di tale illiceità.

Nella consapevolezza che spetti alla giurisprudenza, in fase di applicazione della normativa, il compito di dare contenuto concreto ai termini elastici utilizzati dalla norma, dettando la misura della diligenza cui è chiamato il *provider* di ospitalità, sulla base dell'analisi concreta della fattispecie considerata, è sembrato potersi ricercare il contemperamento tra gli opposti interessi delle vittime degli illeciti telematici e dell'intermediario - a carico del quale, come si vedrà[63], la normativa non ha posto un obbligo di sorveglianza e di ricerca attiva degli illeciti telematici, espressamente escluso dal legislatore comunitario, all'art. 15, comma 1 e dal legislatore interno, all'art. 17, comma 1 - nel richiamo alla

diligenza professionale cui questi deve adeguare lo svolgimento della sua attività, espressamente riferita dal considerando n. 48 della direttiva 2000/31/CE all'individuazione e alla prevenzione dell'illegalità[64].

Il richiamo al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi dall'*hosting provider*, nella sua qualità di operatore professionale che, in virtù della relazione stabile che instaura col materiale ospitato sul proprio *server*, ha maggiori possibilità concrete di controllarlo e conoscerlo, potrebbe indurre a pretendere da lui la conoscenza di informazioni non esigibili da altro prestatore intermediario e a ricomprendere nella previsione normativa le ipotesi in cui questi abbia colpevolmente ignorato l'illiceità manifesta, per non aver prestato la diligenza dovuta nell'individuare e interpretare gli indizi evidenti di tale illiceità. Così, ad esempio, nei casi in cui il contenuto illecito dei siti ospitati risulti di tutta evidenza dalla scelta di un nome di dominio che denoti l'inequivoca pericolosità o dannosità del contenuto stesso; ma, magari, spingendosi fino ad ipotizzare un qualche forma di controllo e valutazione da parte dell'operatore sul materiale ospitato, nei casi in cui, ad esempio, la scelta di un nome di dominio "ambiguo" o l'uso di espressioni inequivocabilmente offensive denoti il carattere evidentemente illecito del contenuto o delle attività memorizzate e la presenza di siti manifestamente sospetti di illiceità sul proprio *server*. E ancora nei casi di mancata adozione di sistemi di filtraggio o altri dispositivi tecnici facilmente utilizzabili, che consentirebbero di rilevare, quando non addirittura prevenire, la presenza di informazioni o attività manifestamente illecite sullo spazio *web* messo a disposizione degli utenti, da valutarsi alla luce delle soluzioni organizzative adottate da un *provider* medio impegnato nell'attività di memorizzazione, vale a dire quello che si comporta secondo lo stato dell'arte conosciuto nel suo ambito professionale, *ex art.* 1176, comma 2, c.c. L'interpretazione proposta[65], oltre a segnare l'abbandono di soluzioni eccessivamente deresponsabilizzanti in favore dell'*hosting provider*[66], indubbiamente coinvolto più degli altri operatori nell'immissione in rete dei contenuti, consente di aumentare il livello generale di sicurezza della rete.

Ulteriori difficoltà sul piano interpretativo ha sollevato il riferimento alla "comunicazione dell'autorità competente", dalla quale, come visto, la lettera b) del medesimo articolo fa dipendere la conoscenza dei fatti illeciti, che fa scattare l'obbligo del fornitore di ospitalità di attivarsi per impedire la permanenza in rete dell'attività o del materiale illecito. Anche in questo caso, infatti, il generico e atecnico riferimento alla "comunicazione dell'autorità competente" lascia aperta la questione delle formalità in cui essa possa avvenire: un atto di diffida, una notifica tramite ufficiale giudiziario, ecc., mentre sembra portare ad escludere la necessità che ad essa si accompagni un ordine autoritativo in tal senso dell'autorità stessa.

La norma ha, tuttavia, l'indubbio merito di legare l'intervento immediato di rimozione o oscuramento del materiale memorizzato da parte dell'operatore ad un accertamento delle autorità competenti, che porta ad escludere, con sicurezza, che debba essere lo stesso *hosting provider*, esercitando dei poteri, in parte inquirenti, in parte giudicanti e in parte censori, ad indagare e decidere se un utente stia commettendo un illecito o diffondendo informazioni illecite, a classificare unilateralmente come illecita una certa informazione o attività, a prescindere dalle finalità perseguite da chi la rende disponibile e ad intervenire, eventualmente, per reprimere l'accertata illiceità.

Sono, infatti, evidenti i pericoli insiti in una soluzione di tipo diverso, quale quella proposta dalle recenti pronunce giurisprudenziali[67] che – dando vita, in via pretoria, ad una regola incompatibile con il sistema normativo vigente – hanno ritenuto che le semplici, e talvolta informali, segnalazioni e richieste dei soggetti che si ritengono ingiustamente danneggiati siano sufficienti a far sorgere l'obbligo dell'*hosting provider* di rimuovere dal sito il materiale pubblicato o di disabilitarne l'accesso, in dissonanza con la scelta fatta dal legislatore interno di ritenere imprescindibile la comunicazione formale da parte dell'autorità pubblica competente[68].

Si consideri, in primo luogo, la situazione di incertezza per gli operatori che verrebbe a crearsi in assenza della comunicazione dell'autorità, dato che essi non disporrebbero di punti certi di riferimento

per dirimere il dubbio sulla sussistenza dell'obbligo di rimozione. Appare assai probabile che, in tal caso, valutazioni di tipo economico finiranno con il condizionare la decisione dei *providers*, i quali, in attesa dell'individuazione ad opera della giurisprudenza di criteri univoci cui attenersi, privilegeranno gli interessi dei soggetti patrimonialmente più affidabili, quali le grandi imprese, e ciò a scapito di quelli meno solvibili, a partire dai soggetti che utilizzano Internet come mezzo di espressione delle idee e a scopo non professionale [69].

Non può poi non considerarsi il rischio che si producano effetti indiretti di sorveglianza preventiva sui materiali da ospitare potenzialmente lesivi di diritti altrui, a danno della connotazione di Internet come spazio di libertà, con conseguente alterazione dei delicati equilibri costituzionali tra i diversi valori ed interessi coinvolti in rete: la libertà di manifestazione del pensiero del fornitore di contenuti e i diritti dei soggetti danneggiati (della personalità, dell'ingegno e della proprietà intellettuale).

Sono, inoltre, prevedibili le reazioni che gli eventuali interventi censori [70] degli operatori telematici - di rimozione o, magari, prima ancora, di scelta dei materiali da diffondere in rete - potrebbero innescare negli autori di contenuti, che ritenessero di essere stati lesi nel loro diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero [71], oltre alle responsabilità contrattuali che potrebbero invocare i destinatari del servizio per i danni subiti in conseguenza di rimozioni o disabilitazioni abusive.

In tale prospettiva, pertanto, la disposizione rappresenta il tentativo evidente di realizzare un contemperamento delle opposte esigenze di tutela delle situazioni lese e di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, realizzando, ad un tempo, il giusto obiettivo di responsabilizzare adeguatamente l'*hosting provider*, comunque riservando l'accertamento dell'illiceità delle informazioni pubblicate alle autorità istituzionalmente deputate a tale funzione. Infatti, è proprio la ricorrenza di un provvedimento comunicativo dell'autorità giudiziaria o amministrativa a giustificare il rigore della disposizione in esame che lega l'esonero da responsabilità alla condizione che l'intermediario di *hosting*, non appena a conoscenza dell'illecito, in virtù di detta comunicazione, rimuova immediatamente le informazioni stesse o ne disabiliti l'accesso (art. 16, comma 1 lett. b) del decreto), non potendosi, questi semplicemente limitare ad informarne l'autorità competente, come previsto, in condizioni analoghe, ma non identiche, dall'art. 17, comma 2, lett. a) e comma 3 [72].

La normativa pone, infine, degli obblighi di intervento in capo all'*hosting provider*, volti ad impedire il prodursi o il perpetrarsi degli illeciti, peraltro, circoscritti dal terzo comma degli artt. 16 e 17, rispetto all'attività di *hosting* e subordinati, opportunamente, alla ricorrenza di una richiesta in tal senso, anche cautelare, dell'autorità giudiziaria o amministrativa con funzioni di vigilanza, competente per materia [73]. Difatti, è evidente che una tale richiesta, oltre a determinare nel prestatore intermediario l'effettiva conoscenza del carattere illecito del contenuto del servizio prestato, vale a segnalargli l'avvenuto accertamento dell'illiceità stessa. In presenza di una tale provvedimento, il *provider* dovrà attivarsi per impedire o porre fine alle violazioni commesse, *ex art.* 14, comma 3, (ad esempio, in concreto, provvedendo alla cancellazione del messaggio lesivo dal proprio *server*, al distacco della connessione, al divieto di accesso o di divulgazione e, magari, all'accoglimento della richiesta dell'autore di rettificare [74] la comunicazione lesiva, il tutto, naturalmente, per via telematica) e sarà chiamato a rispondere civilmente del contenuto del servizio di trasmissione prestato, se non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto illecito (*ex art.* 17, comma 3). L'eventuale atteggiamento omissivo tenuto, configurando un illecito civile a suo carico, fonte di corresponsabilità nel danno cagionato all'utente.

#### *4. Sistemi di controllo sui contenuti immessi in rete e principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza*

È noto che il progresso tecnico abbia fortemente aumentato le possibilità dell'Internet *service provider* di disporre di *software*, motori di ricerca, sistemi di filtraggio o altri dispositivi tecnicisempre più

sofisticati per il controllo dei contenuti veicolati o ospitati e che mediante opportuni investimenti si potrebbero prevenire o ridurre gli illeciti in rete[75]. Del pari noti sono i rischi connessi ad un eccessivo abbassamento dello *standard* di diligenza professionale richiesto ai prestatori di servizi Internet e, in specie agli *hosting providers*, coinvolti più degli altri nell'immissione in rete dei contenuti, i quali appaiono gli unici in grado, per quanto tecnicamente possibile, di limitare il compimento e l'aggravamento degli illeciti in Internet: se, infatti, non chiedere ai *providers* alcuna forma di controllo sui contenuti veicolati o ospitati, non li incentiva ad investire in strumenti di controllo per la prevenzione e il rilievo di eventuali informazioni o attività illecite e ad adottare senza riserve tutte le misure preventive e investigative possibili; configurare in capo agli stessi un obbligo giuridico di controllo sui contenuti li indurrebbe, al contrario, a predisporre gli investimenti e le misure necessari, oltre a funzionare da deterrente all'adozione di comportamenti illeciti e scorretti da parte degli altri soggetti della rete (utenti e fornitori di contenuti). Con ciò favorendo la realizzazione di un sistema della responsabilità civile telematica più efficiente e giusto e, più in generale, la liceità e la correttezza dell'intero sistema Internet.

Per le ragioni esposte, si intende, pertanto, verificare la coerenza con il principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo all'Internet *service provider*, sancito dal diritto comunitario e dalla normativa di recepimento, della posizione che afferma la responsabilità da omesso controllo – esteso anche alla fase che precede la commissione dell'illecito – a carico dell'*hosting provider*, nei casi in cui sia accertata, in base allo stato dell'arte, la possibilità tecnica e giuridica del controllo stesso.

L'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 70 del 2003 vieta espressamente che i prestatori intermediari, nello svolgimento delle loro funzioni, possano essere assoggettati ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano o ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Tale disposizione assurge al ruolo di principio cardine della disciplina della responsabilità civile telematica, proprio in ragione delle scelte di fondo che sottende ed esprime: l'intento del legislatore comunitario di evitare l'adozione di criteri di imputazione della responsabilità troppo stringenti[76] e, conseguentemente, il rifiuto di qualsiasi forma di responsabilità speciale o aggravata a carico dell'Internet *service provider*, che lo chiami a rispondere degli illeciti telematici degli utenti di rete, di volta in volta, quale custode dei contenuti dei siti ospitati, quale preposto al controllo sugli utenti o, ancora, quale esercente un'attività pericolosa e a sottoporlo ai relativi regimi di responsabilità (descritti, rispettivamente, negli artt. 2051, 2049, e 2050 c.c.)[77]. Ammettere oggi, nella prospettiva dell'intervenuta regolamentazione normativa, la configurabilità a carico dei prestatori intermediari di forme di responsabilità oggettiva (o aggravata), per *culpa in vigilando*, nel presupposto di una loro posizione di garanzia, dalla quale far discendere un obbligo di controllo e di verifica sulla trasmissione e comunicazione telematica finalizzato all'impedimento di eventi illeciti, significherebbe, pertanto, porsi in contrasto insanabile con il dettato della nuova normativa[78].

Allo stesso modo, deve ritenersi, ormai, superata dall'adozione di una normativa speciale *ad hoc* la soluzione, pure in passato sostenuta in dottrina e accolta da una certa giurisprudenza di merito[79], che, in base al carattere notiziale di gran parte delle informazioni presenti in rete e ad una sostanziale analogia nella gestione delle informazioni esistente tra la figura del *provider* e quella del direttore di una testata giornalistica, ipotizzava, almeno per i siti aventi il contenuto di veri e propri giornali telematici, la configurabilità a suo carico di una responsabilità di tipo editoriale, dalla quale far discendere un obbligo di controllo preventivo circa il contenuto dei messaggi pubblicati e di diligente verifica circa la legittima titolarità del *domain name* utilizzato dall'utente per intitolare il proprio sito Internet.

Volendo indagare il contenuto positivo del principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico dell'Internet *service provider*, la sua portata - già in parte ridimensionata dall'insieme dei comportamenti dovuti dagli Internet *service providers*, ai sensi degli artt. 14-16 del decreto - viene ad

essere ulteriormente ridotta dalla previsione, nello stesso art. 17, commi 2 e 3, di taluni obblighi di condotta generalizzati nei confronti dei prestatori intermediari *tout court*.

Il legislatore italiano, infatti, utilizzando gli ampi margini di intervento lasciati dalla direttiva 2000/31/CE[80], per porre a carico degli operatori l'obbligo di informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio (art. 17, comma 2, lett. a), imponendo ai prestatori intermediari la dovuta collaborazione con le pubblica autorità che perseguono gli illeciti informatici, specie se penalmente o amministrativamente sanzionati.

Nella stessa direzione muove l'ultimo comma dell'art. 17 che individua due specifiche ipotesi di responsabilità civile[81] del prestatore intermediario per il contenuto dei servizi prestati: la mancata o non pronta esecuzione della richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa con funzioni di vigilanza di impedire l'accesso al contenuto dei servizi erogati[82]; e la mancata informativa all'autorità competente, una volta avuta conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole[83] per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso[84].

Ebbene, entrambe le previsioni in esame – i commi 2 e 3 dell'art. 17 – sembrano porsi in sostanziale e insanabile contrasto con il principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo agli intermediari sulle informazioni trasmesse o memorizzate, espressamente sancito dallo stesso art. 17, comma 1, del decreto[85].

Nel tentativo di comporre, in via interpretativa, le segnalate contraddizioni dell'art. 17 del decreto, potrebbe sostenersi che tale principio, che pure viene enunciato in termini generali dalla norma, subisce una forte limitazione quando si passi a considerare la fase successiva alla commissione degli illeciti in rete, nella quale sembra doversi comunque configurare a carico del prestatore di servizi Internet un obbligo speciale di controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate, sia pure particolarmente conformato: sul piano oggettivo, dall'essere limitato ai fatti illeciti (o anche solo pregiudizievoli per un terzo) dei propri richiedenti il servizio ovvero commessi attraverso un servizio da lui prestato; sul piano funzionale, dall'essere diretto, in via esclusiva, ad informare la pubblica autorità che persegue gli illeciti informatici e, sul piano temporale, dal fatto di sorgere in un momento successivo alla conoscenza, sia pure solo presunta, degli illeciti stessi. Ciò nell'intento di responsabilizzare la condotta degli Internet *service providers* nella prestazione di tutte le tipologie di servizi dagli stessi erogate[86].

Il legislatore di diritto interno, nel dettare il contenuto delle previsioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 17, tendenti a regolare i rapporti tra gli operatori e le autorità giudiziarie e amministrative di vigilanza, ha scelto di subordinare la venuta ad esistenza dei puntuali obblighi informativi e di intervento descritti alla conoscenza degli illeciti perpetrati in rete. Il limite interpretativo di tali previsioni sta nel fatto che – analogamente a quanto già verificato con riguardo all'art. 16, comma 1, in cui compare il medesimo riferimento – la norma non interviene a precisare da quale momento e in quale modo possa dirsi raggiunta quella conoscenza da parte dell'operatore che costituisce il presupposto degli obblighi di cooperazione disposti a suo carico. Nel silenzio della legge sul punto, sembra doversi riconoscere rilievo, ai fini della nascita dell'obbligo di informativa in esame, ad ogni forma di comunicazione che il *provider* riceva in merito all'illiceità, reale o anche solo presunta, delle informazioni trattate. Da chiunque proveniente.

Sembra, pertanto, da escludersi che la disposizione in esame leghi la conoscenza ad una comunicazione dell'autorità competente, prevista, invece, dall'art. 16 lett. b) del decreto a fondamento del (diverso) obbligo di rimozione delle informazioni o di disabilitazione dell'accesso alle stesse che incombe in capo all'*hosting provider*.

Con riguardo, invece, all'estensione del dovere di diligenza che deve muovere l'operatore nell'indicata

attività di conoscenza, sembra potersi affermare il generale rilievo delle violazioni (ri)conosciute o (ri)conoscibili con la diligenza professionale richiesta dal tipo di attività esercitata. Si considerino, ad esempio, i casi in cui la commissione dell'illecito risulti di tutta evidenza, magari alla luce di informazioni fornite dall'utente stesso all'operatore per ottenere la fruizione del servizio; ovvero si pensi agli illeciti rilevabili da un *provider* medio - vale a dire quello che si comporta secondo lo stato dell'arte conosciuto nel suo ambito professionale, *ex art.* 1176, comma 2, c.c. - per esempio, attraverso l'impiego di strumenti tecnici per lui facilmente utilizzabili, come i sistemi automatici di filtraggio o i motori di ricerca, che potrebbero consentire il pronto rilievo di parole offensive od oscene eventualmente utilizzate dagli autori dei contenuti[87].

D'altro canto, è lo stesso considerando n. 40 della direttiva 2000/31/CE a stabilire che è nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione dei servizi della società dell'informazione - e dunque, anche degli Internet *service provider*, in virtù della loro posizione tecnica ed economica - istituire e applicare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime e dei vari interessati "sviluppare e usare effettivamente sistemi tecnici di protezione e identificazione, nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, entro i limiti fissati dalle direttive 97/46/CE e 97/66/CE", in tema di riservatezza". E, ancora, poiché in base al considerando 48 della direttiva "i prestatori di servizi che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio - quindi ai soli *providers* di *hosting* - devono 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", sembra possibile imporre loro lo sforzo di diligenza necessario per evitare la commissione o l'aggravamento degli illeciti telematici, compreso un obbligo di controllo sui contenuti immessi in rete (in particolare, attraverso l'impiego di programmi filtro[88]), almeno nei casi in cui sussista, in base allo stato dell'arte, la possibilità tecnica e giuridica del controllo stesso. Ne consegue che gli *hosting providers*, che omettano di adottare i sistemi di filtraggio dei contenuti memorizzati o le altre misure tecniche di controllo generalmente accolte - da valutarsi alla luce delle soluzioni organizzative adottate da un *provider* medio, vale a dire quello che si comporta secondo lo stato dell'arte conosciuto nel suo ambito professionale, *ex art.* 1176, comma 2, c.c. - saranno chiamati a rispondere, *ex art.* 2043 c.c., dell'inosservanza degli obblighi di diligenza[89] che su di loro incombono in qualità di operatori professionali, sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità a loro carico[90].

Una tale interpretazione non intende suffragare, come pure è stato sostenuto in dottrina[91], l'introduzione di un obbligo di garanzia e di protezione dei terzi a suo carico e, tanto meno implicare un obbligo generale di controllo e di ricerca attiva degli illeciti telematici e dei loro autori, in contrasto col disposto dell'art. 17, comma 1, del decreto, ma sanzionare comportamenti di tipo non collaborativo o dichiaratamente omissivo da parte dei prestatori di servizi Internet, in specie di *hosting* che, non provvedendo all'adozione di sistemi di controllo sui contenuti da lui ragionevolmente esigibili, abbia impedito la prevenzione o favorito l'aggravamento degli illeciti in rete, tenendo, con ciò, un comportamento contrastante con la diligenza professionale[92], intesa come attenzione, cura e perizia imposte dal particolare tipo di attività esercitata.

Appare, peraltro, significativo che, se è vero che il legislatore comunitario, nel dettare la direttiva 2000/31/CE, non ha sfruttato l'occasione per promuovere la prevenzione e repressione delle attività illecite in rete, anche imponendo ai fornitori di servizi Internet l'adozione di opportuni sistemi di controllo sui contenuti, in tale direzione muovono i più recenti provvedimenti normativi in materia di repressione degli illeciti telematici, che impongono ai diversi operatori - accanto ad una serie di obblighi informativi - l'adozione di idonei strumenti di filtraggio[93].

Deve, pertanto, considerarsi sotteso alla disciplina della responsabilità civile del fornitore di servizi Internet un principio inderogabile, dettato nell'interesse della collettività in generale, che, in presenza di situazioni potenzialmente dannose per gli utenti, quali, appunto quelle che, a certe condizioni, può prospettare la rete Internet, contrassegnate da una elevata pericolosità sociale, impone all'Internet

*service provider*, in specie di *hosting* - di attivarsi per evitare l'evento dannoso, risultando essere l'unico soggetto o comunque quello meglio in grado di provvedervi<sup>[94]</sup>. E ciò, anche in considerazione del rilievo fondamentale che i profili di sicurezza assumono nella promozione e nel perseguimento e di quello che rappresenta il fine dichiarato della direttiva 2000/31/CE, vale a dire lo sviluppo della rete Internet e più in generale del mercato telematico.

Nella descritta prospettiva, non può non guardarsi con timore ad una recente pronuncia dei giudici di merito<sup>[95]</sup> che ha ritenuto determinante ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'*hosting provider* per l'illecita diffusione di opere protette dal diritto d'autore, il fatto che il prestatore erogasse servizi aggiuntivi, con modalità inconciliabili con la semplice messa a disposizione di uno spazio, in concreto rappresentati dalla circostanza che egli fosse in grado di monitorare l'attività degli utenti, al fine di escludere la pubblicazione di immagini di contenuto pedopornografico. Circostanza che rende evidente, a detta dei giudici, che la stessa cosa sarebbe potuta avvenire anche per escludere la pubblicazione di opere tutelate dal diritto d'autore, nonché per interrompere, in maniera temporanea o permanente la fornitura del servizio. Siffatto orientamento giurisprudenziale, che determina la situazione paradossale per la quale l'adozione di un sistema di filtraggio, anziché dimostrare la diligenza dell'*hosting provider*, ne comporta la condanna per intromissione sui contenuti, se confermato, potrebbe indurre i *providers* di *hosting* a non dotarsi di alcuno strumento di filtraggio o di controllo sui contenuti che memorizzano e, conseguentemente, a non investire nello sviluppo e nella ricerca di sistemi sicuri, nel timore "di vedersi rimproverata una partecipazione attiva all'illecito e dunque di vedersi contestata una piena responsabilità giuridica per i danni causati"<sup>[96]</sup>, a scapito delle rappresentate esigenze generali di prevenzione e di sicurezza in rete. Da tali affermazioni giurisprudenziali risulta confermato il timore che in materia di responsabilità civile telematica si stia assistendo alla creazione in via pretoria di un quadro di regole non sempre compatibile con il sistema normativo vigente e in grado di garantire il necessario contesto entro il quale possano essere preservati ed attuati valori ed interessi che l'ordinamento ritiene prioritari.

[1] Ai sensi del considerando n. 41, la direttiva 2000/31/CE, costituisce il terzo atto di un più ampio intervento comunitario in tema di responsabilità civile, aperto dalla direttiva 1985/374/CEE, sulla responsabilità del produttore, cui ha fatto seguito la proposta di direttiva del 9 novembre 1990 sulla responsabilità del prestatore di servizi, in G.U.C.E. 18 gennaio 1991 n. C.12. In dottrina, SICA, *Note in tema di sistema e funzioni della regola aquiliana*, in *Danno e resp.*, 2002, 911, sottolinea, nel campo dell'illecito extracontrattuale, il passaggio dalla responsabilità alle responsabilità. Descrive l'evoluzione del sistema italiano della responsabilità civile in termini di moltiplicazione degli statuti e dei modelli, sollecitata dall'impatto della disciplina di derivazione comunitaria, che segna il prevalere di regimi speciali e la creazione di tanti sotto-sistemi quanti sono i regimi speciali di responsabilità, ALPA, *La responsabilità civile*, IV, in *Tratt. dir. civ.*, Milano, 1999, 206 s.; Id., *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 5 ss.; Id. *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, 269 ss. Per una riflessione sulle prospettive europee della responsabilità civile, cfr. SALVI, *Diritto europeo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 29 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 333 ss. Evidenzia le difficoltà di sviluppare una disciplina uniforme europea della responsabilità civile ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, in *Danno e resp.*, 1999, 377 ss. Per una prima riflessione sulle linee di una responsabilità europea dell'*Internet service provider*, cfr. BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2000, 864 ss.

[2] Per una definizione dello spazio telematico come non luogo, poiché i luoghi appartengono a terra,

mare e aria, cfr. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 65.

[3] Già da tempo, BUSNELLI, *Introduzione*, in A.A. V.V., *Computers e responsabilità civile*, a cura di Alpa, Milano, 1985, 12, evidenziava “le difficoltà di incanalare la variegata delle ipotesi prospettabili nei binari delle regole tradizionali in materia di responsabilità civile”, riconoscendo l’esigenza, da tutti avvertita, di una normativa *ad hoc* in materia di illeciti compiuti a mezzo computer.

[4] Sulle ricadute che l’evoluzione tecnologica ha avuto sul sistema della responsabilità civile, cfr. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 239 ss.

[5] ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, 1050 s., il quale, evidenziato come la rete Internet costituisca “uno straordinario mezzo per l’esercizio di libertà fondamentali” e che “quanto più una libertà è regolamentata, tanto meno essa è “libera”, propone “la strada del “diritto minimo” cioè del minimo intervento esterno” di regolamentazione.

[6] Per il ricorso ai tradizionali strumenti di normazione autoritativa, cfr. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 83 s.

[7] La stessa direttiva 2000/31/CE, pur collocandosi, in ragione della sua natura, in una dimensione sovranazionale ed imponendo agli Stati membri di adeguare la propria normativa interna alle sue prescrizioni, attribuisce, ad un tempo, specifica rilevanza ai codici di autodisciplina. In base all’art. 16, infatti, gli Stati membri dell’Unione europea e la Commissione incoraggiano l’elaborazione di codici di condotta - riguardanti la protezione dei minori e della dignità umana -, che, ai sensi della lettera a) dello stesso articolo, devono “contribuire all’efficace applicazione degli artt. da 5 a 15” della direttiva stessa. Analogamente, l’art. 18 del d.lgs. n. 70 del 2003, intitolato “Codici di condotta” prevede l’elaborazione volontaria da parte delle associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori di codici di condotta, che vanno trasmessi al Ministero delle attività produttive e alla Commissione Europea, devono essere resi accessibili per via telematica e redatti, oltre che in lingua italiana e inglese, in almeno un’altra lingua europea. Nell’elaborazione dei codici deve essere, in particolare, garantita la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana. Sul ruolo dell’autoregolamentazione in Internet, cfr. NESPOR, *Internet e la legge*, Milano, 1999, 45 ss. Nella descrizione e articolazione dei modelli comportamentali e dei parametri della diligenza professionale cui gli Internet *service providers* sono chiamati ad adeguare la loro condotta, si segnalano, in particolare, il codice di autoregolamentazione AIIP (Associazione Italiana Internet Providers) del 1997, il codice ANFOV (Associazione Nazionale Fornitori di Videoaudioinformazione), del 1998 e il codice deontologico Internet@Minori del 2003. Per un’analisi comparata dei codici di autoregolamentazione della rete, cfr. PASQUINO, *Servizi informatici e criteri di responsabilità*, Roma, 2003, 302 ss.

[8] Si considerino, la legge modello predisposta nel 1996 dall’UNCITRAL (Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale; l’attività della Camera di Commercio Internazionale con sede a Parigi (ICC), che ha raccolto una serie di pratiche generali e di principi, elaborati sulla base di principi comuni alla legislazione e alla prassi di *civil law* e di *common law* (GUIDEC del 1997, aggiornate nel 2001). Peraltro, per quel che attiene ai risultati della presente indagine, né la legge modello UNCITRAL, né le regole GUIDEC si occupano di definire le responsabilità dei prestatori intermediari. Cfr., sul punto, le osservazioni di DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, 88 e 93, ad avviso del quale questo aspetto, unitamente al fatto che non venga affrontato il problema della tutela dei consumatori, rappresenta il limite principale del modello UNCITRAL.

[9] Peraltro, è la stessa direttiva 2000/31/CE, all’art. 19, ad incoraggiare gli Stati membri a dotarsi di un insieme di usi sul commercio elettronico. In questa prospettiva, si colloca, nell’esperienza italiana,

l'opera della Camera di commercio di Milano che ha proceduto all'accertamento, alla raccolta e alla pubblicazione degli usi negoziali nei contratti di fornitura di beni e/o servizi conclusi *on-line* tra fornitore e consumatore e degli usi negoziali che disciplinano le relazioni contrattuali tra i navigatori in Internet e i *providers*, corredati di un glossario dei termini aventi significato consuetudinario negli usi degli Internet *service providers*

[10] Si considerino, ad esempio, le regole di *Netiquette* (da *Network* e *etiquette*, etichetta di rete), l'insieme delle regole di buona condotta formatesi in rete, alle quali gli utilizzatori dovrebbero attenersi per un uso legittimo e responsabile delle applicazioni di Internet. Esse sono specificate in alcuni siti Internet (tra gli altri, <http://www.ido-t.aol.com/netiquette> - <http://www.dtcc.edu/cs/rfc> 1855.html - <http://www.eff.org/pub/Net-info/Introductory/netiquette-rfc> 1855.guide) A volte tali regole sono riprodotte nei contratti che gli *access providers* stipulano con i loro utenti. In tal caso la *netiquette* assume un valore contrattuale e la sua violazione può rilevare come inadempimento, fino a condurre alla risoluzione del contratto. Sul punto, cfr. G. SANTOSUOSSO, *Il codice Internet e il commercio elettronico: aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, Padova, 2001, 21 ss.

[11] Sul problema dell'individuazione della fonte – negoziale o autoritativa – su cui debba far carico la disciplina della realtà telematica, cfr. ALPA, *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2006, p. 107 ss. Per ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di Internet, tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, 21, la soluzione migliore sembra quella di un "equilibrato *mix* fra strumenti di regolazione autoritativa e di disciplina convenzionale e, nell'ambito di quest'ultima, di autoregolamentazione e coregolamentazione (o, se si preferisce, di "autoregolamentazione controllata").

[12] Si aderisce ad una nozione di mercato, inteso non come un "insieme di regole economiche ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il suo regolare funzionamento mediante un'adeguata tutela tanto del produttore quanto del consumatore e nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferibili esigenze dell'uomo": così, testualmente, PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 558, richiamando il monito espresso dallo stesso autore, secondo il quale la "stessa società dell'informazione non può, per non autodistruggersi, non tener presente questa priorità".

[13] Per un primo commento della nuova disciplina della responsabilità civile telematica, cfr. D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno e resp.*, 2004, 248 ss.; TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/03 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, 829 ss.; BERNARDI, *Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 1267 ss.; COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico ma...serve un maggior coordinamento*, in *Danno e resp.*, 2003, 809 ss.; DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *I contratti*, 2003, 602 ss.

[14] Evidenzia il ruolo cruciale degli Internet *service providers* "non soltanto per la *net economy* ma per ogni comparto della vita associata, ormai sempre più intrecciata alla vita della rete", NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Digesto disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2003, 1196.

[15] Per una tale lettura delle regole sulla responsabilità civile, v., *ex multis*, cfr. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; CALABRESI, *o.u.c.*; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992. Della responsabilità civile come tecnica di mediazione dei conflitti nelle società contemporanee, parla SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1187.

[16] Per l'applicazione della metodologia economica e in particolare dell'analisi costi-benefici alla definizione delle regole della responsabilità civile, cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti stradali e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di De Vita, Varano, Vigoriti, Milano, 1975. Anche in Italia attenta dottrina promuove un'analisi economica delle regole di responsabilità civile: ALPA-BESSONE-ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 14, Torino, 1995, 493 ss. Per una riflessione in tale chiave attorno al sistema incentrato sulla colpa, v. ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990; GALLO, *Appunti in tema di colpevolezza, colpa soggettiva ed efficienza economica (in occasione di alcune recenti pubblicazioni)* in *Quadrimestre*, 1993, 712; PARISI, *Sviluppi dell'elemento soggettivo del Tort of negligence*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 545.

[17] In tal senso, v. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet serviceproviders*, in *Danno e resp.*, 2002, 8.

[18] Pressoché concordi nel sottolineare la scelta della normativa comunitaria per un criterio di collegamento di tipo soggettivo, i primi commentatori: così, tra gli altri, PONZANELLI, *o.u.c.*, 10; V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in A.A.V.V., *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di Palazzo-Ruffolo, Milano, 2002, 195 ss., 140; RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 57; Id., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di Sica-Stanzione, Milano, 2002, 391; GIACOBBE, *La responsabilità civile per l'uso di Internet*, in AA.VV., *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, XX, Padova, 2002, 222; SIGNORELLI, *Profili di responsabilità del provider nell'e-commerce*, in A.A.V.V., *Commercio elettronico*, a cura di Franceschelli, Milano, 2001, 570 s.; ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 446; PIAZZA, *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contr. impr.*, 2004, 147 ss. Per *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, 13 s., trattasi di colpa specifica per violazione di specifiche norme di condotta dettate dalla direttiva che confina addirittura con il dolo, nel caso di omessa rimozione del sito da parte dell'intermediario nonostante la conoscenza dell'illecito, con onere della prova del fatto illecito telematico e dei suoi elementi costitutivi a carico della vittima. Di colpa specifica dell'intermediario e cioè di colpa per violazione di legge parlano anche DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., 294 s.; Id., *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, 562 ss.; BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 193. Al contrario, per PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 185, la normativa si dirige "verso una rinnovata attenzione nei confronti del criterio di negligenza, e quindi di colpa, come criteri elastici per l'attribuzione di responsabilità".

[19] Su 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, cfr. le osservazioni di BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, 9 e 118 ss., il quale, evidenzia come l'evoluzione storica della disciplina della responsabilità civile extracontrattuale dimostri che "lo scostamento, da parte del legislatore, dalla regola della colpa non avviene mai all'apparire di una rivoluzione economica, che produce la nascita di una nuova economia e di un nuovo mercato", favorendo il principio della colpa "l'iniziativa economica e il decollo degli operatori del mercato nascente". Nella stessa direzione, le notazioni di DI CIOMMO, *o.u.c.*, 127 s. In termini più generali, cfr. ALPA, *La responsabilità civile*, IV, cit., 17 ss., per il quale "tracciare la storia della responsabilità civile significa [...] tracciare la storia

economica e politica di quella società che si è data quelle regole di responsabilità civile”.

[20] Su cui v., *infra*, §§ 2 e 3.

[21] L’alta potenzialità dannosa si manifesta nella produzione di danni c.d. diffusi, vale a dire dispersi tra un numero non facilmente identificabile di utenti ed anonimi, dei quali cioè è impossibile individuare l’autore e perciò destinati sovente a rimanere privi di ristoro. Si interroga sul se l’anonimato in Internet costituisca un “abuso o un diritto e, in questo caso, se costituisca un diritto limitabile”, COSTANZO, *Profili costituzionali di Internet*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet, Dall’E-Commerce all’E-Business*, a cura di Tosi, I, Milano, 2003, 77 s.; per RODOTA’, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in AA. VV., Atti del convegno “*Internet e privacy: quali regole*”, Roma, 1998, 17, si tratta di una nuova nozione di anonimato, necessaria non per nascondersi, ma per poter partecipare senza correre il rischio di discriminazioni. I vantaggi connessi all’utilizzo anonimo della rete, risiedono nelle maggiori garanzie di tutela offerte alla riservatezza personale e nella possibilità di dar voce alle minoranze e alle posizioni isolate; gli svantaggi sono soprattutto connessi alla difficoltà di individuare gli autori dei messaggi illeciti in rete. Cfr., al riguardo, il considerando n. 14 della direttiva 2000/31/CE, ove si stabilisce che “la presente direttiva non può impedire l’utilizzazione anonima di reti aperte quali Internet”. Da ultimo, cfr. le osservazioni espresse da DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, Milano, 2010, 215 ss

[22] Si fa riferimento, in primo luogo, alla sentenza resa dal Trib. Milano 12 aprile 2010, in *Dir. inf.*, 2010, 474 ss., all’esito della vicenda penale nota come il “caso *Google-Vividown*”, relativa alla diffusione su *Google Video*, attraverso il servizio di *AdWords*, di un filmato che riprende atti di bullismo compiuti da un gruppo di ragazzi in danno di un minore affetto da sindrome di *down*. I giudici, dopo aver discusso in merito alla qualificazione di *Google* come *hosting* (più o meno attivo) o come *content provider*, hanno negato l’esistenza a carico della società di un obbligo di controllo preventivo sui contenuti che veicola in rete su richiesta degli utenti e, di conseguenza, hanno escluso la possibilità di condannare il *provider* per concorso omissivo nel reato compiuto dall’utente. Tuttavia, sulla base della considerazione del profitto che l’operatore trae dal servizio che offre e delle complessive modalità di esplicazione del servizio stesso, che gli consentono “di gestire, indicizzare, organizzare i dati contenuti nel video caricati sulla piattaforma”, hanno ritenuto penalmente responsabili, in relazione al reato di illecito trattamento di dati personali e sensibili, i vertici della divisione italiana di *Google*, che può considerarsi “responsabile, perlomeno ai fini del DL sulla *privacy*”. Si richiamano, inoltre, i provvedimenti del Trib. Roma 16 dicembre 2009 e Trib. Roma 11 febbraio 2010, in *Dir. inf.*, 2010, 273 ss., con nota di GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d’autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell’illecito e obbligo di sorveglianza*, relativi al “caso *Mediaset/You Tube*”, avente ad oggetto la diffusione sulla piattaforma *YouToube* di spezzoni di filmati relativi alla trasmissione televisiva “*Il Grande Fratello*”, in mancanza di qualsiasi autorizzazione. Il giudice ha ritenuto che la condotta di *Google* e di *YouToube* fosse palesemente e reiteratamente lesiva del diritto d’autore e dei diritti di utilizzazione e sfruttamento economico connessi, dal momento che “svolgono sicuramente un’attività imprenditoriale a fine di lucro [...], oltre ad organizzare la gestione dei contenuti video, anche a fini di pubblicità (raccolta con diverse modalità sulla Rete”; e ha ordinato al noto *hosting provider* di rimuovere dai propri *server* e disabilitare l’accesso a tutti i contenuti riproducenti spezzoni del programma in questione. Rilevano, poi, alcune pronunce di accoglimento di identici ricorsi emanate da Trib. Roma, in particolare, in data 19 agosto 2006 e 1° marzo 2007, in *Dir. inf.* 2007, 815 ss., tutte relative al c.d. “caso *Peppermint*”, connesso all’utilizzo di protocolli *peer-to-peer*, che affrontano i difficili rapporti in rete tra protezione della proprietà intellettuale e tutela della *privacy*, su cui cfr. GAMBINI, *Dati personali ed Internet*, Napoli, 2008, 96 ss.; DE CATA, *Il caso “Peppermint”. Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso “Promusicae”*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 404 ss., per il quale “L’ammissibilità dell’ordine di esibizione dei dati degli *users* comporterebbe surrettiziamente una forma di responsabilità oggettiva dell’intermediario di servizi

telematici che dovrebbe essere analizzata alla luce dei principi e delle norme dettate in materia di responsabilità del *provider*". *Contra*, Trib. Roma 16 luglio 2007, ord., in *Dir. inf.* 2007, 828 ss., che ha rigettato il ricorso cautelare volto ad ottenere l'esibizione da parte della Wind Telecomunicazioni S.p.a. dei dati anagrafici necessari all'identificazione di (presunti) responsabili di violazioni del diritto d'autore nelle reti *peer-to-peer*. Si segnala, infine, la sentenza della Corte di Cassazione 29 settembre 2009, n. 49437, in *Dir. inf.*, 2010, 437 ss., con nota di MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "the Pirate Bay"*, resa sul caso *PirateBay*, ancora in riferimento all'utilizzo di protocolli *peer-to-peer*. Per la Suprema Corte, se il titolare del sito non si limita a mettere a disposizione degli utenti il protocollo di comunicazione per consentire la condivisione di *file*, ma indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, la sua condotta cessa di essere quella di un mero corriere che organizza il trasporto dei dati e può essere inquadrata nella partecipazione imputabile a titolo di concorso, *ex art.* 110 c.p., nel reato di riproduzione e sfruttamento abusivo non autorizzato e a scopo di lucro di un'opera protetta dal diritto d'autore.

[23] In dottrina (per tutti, v. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del Provider*, in *Dir. inf.*, 2010, 617 ss.; TESCARO, *La responsabilità dell'Internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *Resp. civ.*, 2010, 173 s.) si discute in merito a quale sia la qualificazione corretta da dare a servizi quale quello dei motori di ricerca (ad esempio *Google*) e, più in generale, a tutti quei servizi che "aggregano dati la cui sommatoria rappresenta il valore aggiunto rispetto ai dati presi singolarmente di per sé (ad esempio, *Facebook*, *E-bay*, la società che gestisce *Second Life*), se cioè essi possano considerarsi sottoposti al regime di responsabilità dell'*hosting provider* o piuttosto a quello del *content provider*". In giurisprudenza: v. Corte di Pennsylvania 10 marzo 2006, causa *Parker v. Google*; Corte del Nevada 2006, causa *Field v. Google*, per le quali la società che gestisce il motore di ricerca svolge un'attività di *caching*, in quanto provvede alla memorizzazione automatica e temporanea delle informazioni, che sono duplicate e classificate nel sistema informatico che consente il funzionamento del motore di ricerca, al solo fine di metterle a disposizione degli utenti. Il *Tribunal de Grand Instance de Paris*, 2 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2008, 39 ss., non ha risolto la questione della qualificazione, peraltro, escludendo la responsabilità del prestatore per la divulgazione di materiale pornografico accessibile anche a minori, per mancanza di prova sul suo apporto causale alla divulgazione o sulla sua reale conoscenza del contenuto illecito del materiale stesso. Trib. Viterbo 15 aprile 2010 e Trib. Viterbo 14 ottobre 2010, in *Riv. inf.*, 2011, 107, con nota di VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, hanno escluso l'estensione della responsabilità dell'editore all'*hosting provider* gestore di un *forum*, da assimilarsi ad uno spazio liberamente e direttamente accessibile dagli utenti, che decidono in autonomia gli interventi da inserire.

[24] V., *infra*, note 29-39.

[25] In tal senso, v. GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in <http://www.interlex.com/regole/gattei2.html>, 1; PERON, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 820 ss. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 42 ss.; Sulla giurisprudenza più recente, cfr. CASSANO-CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet service provider (ISP): il punto della giurisprudenza*, in *Corr. Giur.*, 2009, 9, 1206 ss.; MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Dir. comm. int.* 2010, 821 ss.; ALVANINI, *La responsabilità dei services providers*, in *Dir. ind.*, 2010, 329 ss.

[26] Per una riflessione sui conflitti tra *domain names* e i diritti sui segni distintivi, cfr. MAYR, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, in *AIDA*, Milano, 1996, 228-232; FAZZINI, *Il diritto di marchio nell'universo di Internet*, in *AIDA*, Milano, 1998, 593 ss.; ALBERTINI, *Sulla contraffazione del marchio "striscia la notizia" tramite domain name (con cenni all'uso "civile" di Internet)*, in *Dir. Internet*, 2007, 565 ss.

[27] Dal luglio 2005, le regole per la registrazione dei nomi di dominio (regole di *Naming*), sono dettate dall'Istituto per l'informatica e la telematica del C.N.R., presso il quale è stato istituito il "Registro del cc TLD .it", responsabile dell'assegnazione dei nomi a dominio nel *country code Top Level Domain "it"* (secondo lo standard ISO 3166); tali regole sono ora consultabili all'indirizzo: <http://www.nic.it/RA/domini/regole/regolamento.pdf>.

[28] Sul fenomeno del c.d. *domain grabbing*, cfr. TOSI, *Le responsabilità civili*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*, cit., 301.

[29] Così, Trib. Firenze 7 giugno 2001 e Trib. Firenze 21 maggio 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2001, 393, che, affermata in via di principio la natura extracontrattuale della responsabilità del *provider* nei casi di violazione delle norme comuni di prudenza, diligenza e perizia, individuate secondo i parametri dell'agente medio, quando da dette violazioni siano derivati danni a terzi, ritengono che una corresponsabilità extracontrattuale del *provider* per gli illeciti contraffattori commessi tramite Internet, possa, in fatto, configurarsi in casi particolari se non proprio eccezionali, ove cioè l'illecito concorrenziale riguardi l'abuso di marchi o nomi celebri, vista la minore evidenza di questo rispetto ad altri tipi di illecito. Per la responsabilità del *provider* in concorso con il titolare del nome di dominio cfr., anche, Trib. Roma 22 marzo 1999 (ord.), in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 273 ss., con nota di VISCONTI, *Brevi riflessioni sulla responsabilità del provider per l'illecito destinato ad essere commesso in rete e Dir. inf.*, 2000, 66, con nota di SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, nei casi in cui le comunicazioniategli, al fine di ottenere il collegamento, configurino "all'evidenza un illecito", come nell'ipotesi in cui lo stesso venga concesso a chi dichiaratamente intenda aprire un sito per svolgere attività criminosa, ovvero in caso di diffusione di marchi notori, attraverso il richiamo dei principi del *neminem laedere* e del dovere di correttezza nell'esercizio professionale di un'attività di impresa; Trib. Monza 14 maggio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 728, con nota di GUIDOTTI, *Appunti sulla responsabilità del provider*, che ritiene responsabile il *provider* perché l'accaparramento del nome di dominio era palese e rilevabile con l'ordinaria diligenza, tenuto conto del fatto che un socio accomandatario della società di fornitura del servizio di *hosting* era anche il titolare della ditta condannata; Trib. Napoli 26 febbraio 2002, in *Arch. civ.*, 2002, 706 ss., che riconosce la responsabilità del *provider*, che pure aveva assunto in concreto il compito di mera attivazione del sito, dato il carattere assai celebre del marchio indebitamente appropriato; e anche Trib. Napoli 18 febbraio 2004, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 2, 73 ss., con nota di DE CATA, *Contraffazione di marchio a mezzo di registrazione di nome a dominio e responsabilità del provider*, che riconosce la responsabilità del *provider* che, assumendo l'obbligazione di procedere alla registrazione del *domain name* e dando attuazione a tale suo impegno, ha tenuto una condotta casualmente rilevante rispetto alla registrazione stessa e che, al pari del titolare del sito, deve considerarsi destinatario, anche sotto il profilo tecnico, dell'inibitoria e delle altre misure richieste. Il richiamo è al rischio di impresa che grava in capo al *provider* e alla palese coincidenza o comunque assoluta vicinanza del nome di dominio di cui si chiede la registrazione al marchio celebre di parte attrice. Affermano la responsabilità del *provider*, sulla base dell'assimilazione del gestore di rete ad una sorta di editore, Trib. Macerata 2 dicembre 1998 (ord.), in *Dir. ind.*, 1999, 35, che riconosce la concorrente responsabilità dell'*Internet service provider* per l'abusiva registrazione di un *domain name* effettuata dal titolare del sito; Trib. Napoli 8 agosto 1997 (ord.), in *Dir. giur.*, 1997, 472 ss., con nota di CATALANO, *Il regime giuridico dei siti Internet: nuova pronuncia del Tribunale di Napoli*, che afferma la concorrente responsabilità (contributoria) delle società *provider* negli atti di concorrenza sleale dell'utente, per difetto di diligenza e violazione di precisi obblighi di vigilanza, sulla base dell'equiparazione della rete Internet ad un organo di stampa e del titolare del *domain name* al proprietario di un canale di comunicazione. *Contra*, in dottrina, FAZZINI, *Problemi di competenza territoriale e responsabilità del service provider in Internet*, in *AIDA*, Milano, 1999, 633 ss.; Id. *Il diritto di marchio nell'universo di Internet*, 598, secondo cui "l'uso di nomi di dominio in violazione di marchi altrui [...] non dovrebbe generare alcuna responsabilità del *service provider*, quando questi non abbia in

alcun modo cooperato alla registrazione del dominio od alla creazione e gestione del sito, ma si sia limitato a fornire spazio sul proprio *server*”; in giurisprudenza, Trib. Arezzo 7 dicembre 2006, in *Dir. Internet*, 2007, 565, con nota di ALBERTINI, *Sulla contraffazione del marchio “striscia la notizia” tramite domain name (con cenni all’uso “civile” di internet)*, che ha escluso la responsabilità risarcitoria del *provider*, per avere egli operato un’automatica registrazione del *domain name*, senza un controllo sul contenuto del sito e per averlo disattivato appena ricevuta la notifica della domanda cautelare.

[30] Di norma, in realtà, i soggetti che effettuano la registrazione - che nella terminologia corrente prendono il nome di *billing contact*, se addetti a seguire le attività relative alla scadenza dei pagamenti in favore dell’autorità di registrazione e di *administrative contact*, se preposti alla gestione del sito Internet, al suo aggiornamento e alla sua espansione - non svolgono e non hanno mai svolto in precedenza attività creative, né in ordine al nome, né con riguardo ai contenuti del sito registrato, limitandosi ad instaurare e tenere un contatto diretto e duraturo con l’autorità che concede la registrazione. Devono essere, pertanto, considerati, a tutti gli effetti, semplici rappresentanti dei proprietari dei siti, per i quali soltanto può porsi un problema di protezione dell’opera intellettuale, qualora le caratteristiche del sito consentano di ricondurlo nelle previsioni di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 631 del 1941, come, di seguito, modificata. In tal senso, in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 23 novembre 1998, in *Dir. inf.*, 2000, 62 ss.

[31] Così, Trib. Napoli 28 dicembre 2001 (ord.), in *Dir. inf.*, 2002, 94 ss., con nota adesiva di SAMMARCO, *Atti di concorrenza sleale attraverso Internet e responsabilità del provider*, che sancisce la corresponsabilità del *provider* nell’attività di concorrenza sleale posta in essere da chi, consapevolmente, registra un nome di dominio contenente il riferimento al marchio protetto di azienda concorrente, qualora esista già la conoscenza degli abusi commessi ed il *provider* non intervenga, con tutta la diligenza che ci si aspetterebbe da un operatore professionale, per evitare l’ulteriore perpetrazione degli stessi, “provvedendo all’oscuramento non solo dei siti contenenti direttamente i segni distintivi abusivamente utilizzati, ma anche all’oscuramento di tutti quei siti non autorizzati che contengano nei propri *metatag* (termine che sta ad indicare le parole chiave utilizzate dai motori di ricerca per individuare i vari siti presenti in rete) le parole in contestazione”. Ciò a prescindere da ogni altra considerazione in punto di dovere di vigilanza e controllo, che farebbe capo al *provider*, che consente l’utilizzazione della rete al cliente, sulla veridicità di quanto in rete pubblicato. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza italiana in materia, v. SQUILLANTE, *La tutela dei marchi nel commercio elettronico: problemi di giurisdizione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, 689 ss.; BARBARISI, *La tutela della proprietà intellettuale*, in A.A.VV., *I problemi giuridici di Internet, Dall’E-Commerce all’E-Business*, cit., 381; TOSI, *La tutela della proprietà industriale*, in A.A.VV., *I problemi giuridici di Internet, Dall’E-Commerce all’E-Business*, cit., 475 ss.; CERASANI, *Il conflitto tra domain names e marchi d’impresa nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 645 ss.

[32] Tali chiavi sono utilizzate dagli utenti-navigatori nella ricerca di informazioni, nei casi in cui essi, non conoscendo la denominazione del sito utile, ricorrono all’ausilio dei motori di ricerca, prestatori intermediari, che avendo provveduto alla catalogazione e indicizzazione delle pagine *web* presenti in rete, sono in grado di aiutarli a trovare il sito e, quindi, le informazioni desiderate. I motori di ricerca procedono all’esame delle informazioni indicizzate, sulla base delle parole chiave immesse nella ricerca dall’utente e gli indicano, in risposta alla sua richiesta, la pagina o la serie di pagine *web* in cui le stesse compaiono. In dottrina, cfr. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell’informazione: funzionamento, responsabilità e tutela delle persona*, in *Dir. inf.*, 2006, 4; COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutele dei diritti*, in *Dir. Internet*, 2006, 545.

[33] In tal senso, Trib. Roma 18 gennaio 2001, in *Dir. inf.*, 2001, 550, che ha affermato che costituisce atto di concorrenza sleale l’uso di *meta-tags* corrispondenti al marchio di un’impresa concorrente, effettuato al fine di far comparire il proprio sito tra i risultati della ricerca effettuata dall’utente, mediante lo sfruttamento della notorietà raggiunta sul mercato dall’impresa concorrente.

[34] In tal senso, cfr. Trib. Milano 8 febbraio 2002, in *Dir. inf.*, 2002, 555 ss., con nota di SAMMARCO, *Sulla funzione distintiva e promozionale delle denominazioni protette inserite nei meta tags*, secondo la quale decisione costituisce illecito concorrenziale, di cui all'art. 2598 n. 3 c.c., l'uso di denominazione protetta come marchio registrato all'interno di *meta tags*. In questo caso, si è chiamato a rispondere a titolo di concorso doloso con il titolare del sito *web*, il *content provider* che aveva realizzato la pagina *web*..

[35] Corte di Giustizia CE 23 marzo 2010, n. 236, in *Dir. inf.*, 2010, 731 ss., con nota di SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising* e *Dir. ind.*, 2010, 429, con nota TAVELLA-BONAVITA, *La Corte di Giustizia sul caso "Adwords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, per la quale dovrà farsi riferimento alle singole legislazioni nazionali per decidere in merito all'applicabilità dell'esenzione di responsabilità prevista dalla normativa in favore dell'*hosting provider*.

[36] In giurisprudenza, cfr. Trib. Cuneo 19 ottobre 1999, in *AIDA*, Milano, 2000, 809; Trib. Cuneo 23 giugno 1997 (ord.), in *AIDA*, Milano, 1997, 942 ss.; Trib. Cuneo 27 luglio 1997, in *Giur. piem.*, 1997, 493, con nota di Galli, nelle quali il tribunale piemontese si orienta nel senso di escludere che il *provider* sia responsabile della violazione del diritto d'autore compiuta a mezzo pagina *web* ospitata sul suo *server*, quando si sia limitato a concedere l'accesso alla rete. Di recente, Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Dir. inf.*, 2004, 466, nel pronunciarsi in relazione alla responsabilità dell'*hosting provider* per violazione del diritto d'autore commessa attraverso un sito Internet, ha affermato che "la regola accolta è quella in forza della quale il *provider* sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia piena consapevolezza del carattere antigiusdittico dell'attività svolta da quest'ultimo. La responsabilità dell'*hosting/caching provider* si configura, quindi, alla stregua di una responsabilità soggettiva: "colposa allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire". In dottrina, si rinvia a NIVARRA, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in AA.VV., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., 195 ss.

[37] In dottrina, sostiene la rilevanza che, ai fini della responsabilità degli intermediari, assumono le circostanze di fatto, DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, cit., 129 ss.

[38] Per un'analisi in chiave privatistica della tutela dell'onore e della reputazione dei soggetti vittime di messaggi illeciti, con particolare riguardo alla diffamazione anonima, cfr. NATOLI, *La tutela dell'onore e della reputazione in Internet: il caso della diffamazione anonima*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 441 ss.

[39] Per l'applicazione analogica ai siti Internet della l. n. 47 del 1948, si è espressa, più volte in passato, la giurisprudenza di merito: per tutte, cfr. Trib. Macerata 2 dicembre 1998 (ord.), cit., per il quale il gestore di rete "è assimilabile a una sorta di editore". *Contra*, cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 16 ss.; Id., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in AA. VV., *Il diritto nel Cyberspazio*, a cura di Brugaletta-Landolfi, Napoli, 1999, 61. Critiche severe all'equiparazione del *provider* con l'editore sono state svolte anche da FRANZONI, *La responsabilità del provider*, in *AIDA*, Milano, 1997, 249, che equipara, invece, la responsabilità dell'Internet *service provider* a quella dei gestori di linee telefoniche o dei venditori di fogli bianchi che altri impiegheranno per la scrittura o ancora all'ediculante. Quanto al possibile coinvolgimento, per questa via, del *provider* nella responsabilità dell'utente, cfr., in giurisprudenza, Trib. Teramo 11 dicembre 1997 (ord.), in *Riv. dir. priv.*, 1998, 637 ss. con nota di DE MARI, *Diffusione di notizie lesive tramite Internet: profili di responsabilità e legge applicabile*, che ha equiparato il sito Internet all'organo di stampa, fondando la scelta di non condannare

il *provider*, che ha messo a disposizione il sito sul quale sono state diffuse le notizie diffamatorie, su una clausola di esonero da responsabilità convenuta nel contratto intercorrente tra *host provider* e soggetto agente. Per l'applicabilità, in via analogica, al *content provider* (in quanto soggetto che produce o gestisce l'informazione) dell'art. 11 l. n. 47 del 1948, si pronuncia il Trib. Bologna 14 giugno 2001, n. 3331, in [www.ipsoa.it/ngonline](http://www.ipsoa.it/ngonline), con nota di BUFFA, *Responsabilità civile dell'Internet provider per danni derivanti da diffamazione on line*, che dalla diffusione del libro e dell'articolo diffamatorio tramite i siti gestiti dai *providers*, in mancanza di elementi in contrario, ritiene provato il loro diretto contributo alla pubblicazione e alla diffusione dell'opera via Internet. A conferma del fatto che il *provider* abbia promosso, pubblicizzato l'opera diffamatoria e non si sia limitato a concedere a terzi l'uso del proprio spazio sulla Rete, si adduce il dato, peraltro pacifico, che questi avesse posto in luce il rilevante numero di accessi alla *directory* in questione. Nega l'applicazione analogica della legge sulla stampa ad Internet G.U.P. Oristano, 25 Maggio 2000, in *Foro it.*, 2000, II, 663, equiparando la funzione dell'intermediario al distributore. In tal senso, cfr., anche Trib. Cuneo 23 giugno 1997, cit..

[40] Cfr. Trib. Lucca 20 agosto 2007, in *Dir. Internet*, 2008, 1, 80, in merito alla comparsa di notizie diffamatorie e lesive su un *newsgroup* non moderato, ha affermato l'insussistenza di profili di responsabilità in capo all'*hosting provider* che si è limitato a fornire la connessione alla rete e al motore di ricerca *Google* e a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell'area di discussione, senza avere alcun potere di controllo e di vigilanza sugli interventi che vi vengono man mano inseriti; Trib. Mantova 24 novembre 2010, in *Dir. Internet*, 2008, 1, 80. In dottrina, COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'Autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori di Internet)*, in *Dir. inf.*, 1998, 811 ss.; TESCARO, *La responsabilità dell'Internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, cit., 176, che riconduce la fattispecie in esame nell'ambito di applicazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 70 del 2003 e del successivo art. 17. Sulle difficoltà di un controllo preventivo sui materiali immessi in rete, legate all'attuale fase di sviluppo di Internet, indicata con la formula "web 2.0", v. FALLETTI, *La responsabilità dell'internet provider in diritto comparato per materiale pubblicato da terzi*, in *Dir. Internet*, 2007, 143.

[41] Sull'oggettivazione della nozione di colpa extracontrattuale nel settore dell'intermediazione telematica che consegue alla tipizzazione degli obblighi di diligenza professionale posti a carico dell'*Internet service provider* ad opera delle fonti di tipo normativo e autoregolamentare, sia consentito il rinvio a GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, ss. 382 ss.

[42] Ciò anche in considerazione delle evidenti difficoltà che, in questo settore, potrebbe incontrare l'interprete, in sede applicativa, assai spesso privo delle conoscenze e competenze tecniche necessarie per risolvere in modo efficiente i problemi di nuova emersione posti al giurista dall'avvento e dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione a distanza e, in particolare, dall'impiego delle reti telematiche.

[43] Per l'applicazione estensiva dell'art. 1176 c.c. anche in materia di illecito extracontrattuale, rientrando la nozione di diligenza in quella di colpa, attraverso il richiamo alla negligenza, imprudenza e imperizia, si è espressa autorevole dottrina: cfr. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" ed obbligazioni "di mezzi"*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 205 ss., CORSARO, *Colpa e responsabilità civile: l'evoluzione del sistema italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 298; RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, 1, BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.

[44] In dottrina richiama il concetto di colpa professionale, *ex multis*, GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1084; con particolare riguardo alla responsabilità extracontrattuale del *provider*, cfr. FRANZONI, *Fatti illeciti, (Art. 2043, 2056-2059)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2004, 169, il quale riconosce, in questo particolare ambito di tutela, alla colpa professionale il ruolo di strumento "per stabilire un equilibrio nel

conflitto tra la posizione della vittima e quella dell'intermediario"; GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., 333 ss.

[45] Cfr. le osservazioni di PIERUCCI, *La responsabilità del provider*, cit., 164 s., per la quale la rivalutazione della colpa può "assurgere a simbolo della rinuncia sia ad un'aprioristica attribuzione di responsabilità che ad una preconcepita negazione di risarcimento nei confronti di chi abbia subito un danno perpetrato per via telematica, segno pertanto che il problema della responsabilità del *provider* [...] non debba risolversi "né [con] l'anarchia, né [con una] censura selvaggia", riprendendo le parole di RODOTA', *Quale limite è necessario*, in *Teléma*, 1997, 8, sul tema generale della regolamentazione di Internet.

[46] V., *retro*, nota 23.

[47] In argomento, cfr., tra gli altri, LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 617 ss.; SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, 857 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 125 ss.; PALLARO, *Prime note sulla responsabilità dei fornitori di servizi Internet in diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 137 ss. Cfr., altresì, le osservazioni di SICA, *Le responsabilità civili*, in AA.VV., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di Tosi, Milano, 2003, 281, sull'adozione di una terminologia non in italiano, "a conferma del carattere globale del fenomeno Internet, dal quale il diritto è necessariamente condizionato".

[48] *Contra* SICA, *op. cit.*, 281 s., per il quale le cause di esonero da responsabilità sarebbero tassative e perciò non applicabili analogicamente a fattispecie diverse da quelle contemplate.

[49] Si tratta di una lacuna della direttiva, della quale, peraltro, il legislatore comunitario mostra di essere consapevole, come risulta evidente dal disposto dell'art. 21 che, rimettendo ad una relazione biennale della Commissione sull'applicazione della direttiva il vaglio di eventuali necessità di adeguamento, contiene un espresso riferimento a proposte relative alla responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca.

[50] In tali casi, non contemplati dal decreto n. 70 del 2003, la disciplina della responsabilità aquiliana, in primo luogo, l'art. 2043 c.c., nella sua funzione di norma generale, che si presta a possibili interpretazioni evolutive, ma anche le disposizioni speciali (ad es. gli artt. 2049, 2050 c.c.), ove richiamabili per le singole fattispecie concrete, si offrono come naturale completamento della nuova normativa di origine comunitaria. Cfr. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 35 ss., il quale osserva che "gli artt. dal 2043 al 2059 c.c. sono indicazioni generali, schemi entro cui l'interprete deve applicare il diritto". Ravvisa nell'art. 2043 c.c. un felice punto di equilibrio e di mediazione tra i diversi modelli di illecito aquiliano accreditati nelle esperienze giuridiche europee, CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 445. Si esprime per la prevalenza dei regimi speciali di responsabilità civile, ferma la ricorrenza alle regole generali, laddove i regimi speciali siano incompleti, lacunosi o imprecisi, ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, cit., 7. Per l'esame delle ipotesi in cui l'operatore si renda autore di illeciti trattamenti di dati personali coinvolti nella navigazione in rete e nella prestazione dei diversi servizi Internet, violando le norme ora confluite nel codice sulla protezione dei dati personali (c.d. codice *privacy*), sia consentito il rinvio a GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., 256 ss.; Id. *Dati personali ed Internet*, cit. 36-88.

[51] Sul ruolo decisivo assolto nell'ambito della direttiva 31/2000/CE dal tipo di servizio che il *provider* eroga in concreto, cfr. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico*, cit., 652; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 128 s., per il quale "esiste un

principio di proporzionalità tra misura del servizio dell'intermediario contrattualmente pattuito e misura della responsabilità civile extracontrattuale”.

[52] La disposizione è formulata tecnicamente come un'esenzione di responsabilità, subito dopo corretta, con un risultato sintattico non proprio chiarissimo, in una limitazione di responsabilità (“a condizione che”...). In tal senso, peraltro, sembra deporre, ad una prima lettura, più di una disposizione della direttiva 2000/31/CE: in primo luogo, tra i considerando, i nn. 42 e 43 e 46, che parlano di deroghe e limitazioni della responsabilità stabilita nella presente direttiva; quindi, l'espressione identica con cui si aprono gli artt. 12, 13 e 14, nel descrivere le diverse ipotesi delineate: “Gli Stati nazionali provvedono affinché il prestatore non sia responsabile”. La dottrina italiana, pressoché unanimemente, ritiene che, rispetto alle disposizioni in esame, debba parlarsi di condizioni di esenzione o di cause di esclusione della responsabilità: in tal senso, cfr. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, cit., 81 ss.; FACCI, *La responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 265 ss.; Id., *La responsabilità del provider*, in AA.VV., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, a cura di ROSSELLO, FINOCCHIARO, TOSI, Torino, 2003, 131 ss.; MARINI, *Profili giuridici del commercio elettronico nel diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. comun.*, 2000, 329; SICA, *Il “sistema delle responsabilità”*, in COMANDE'-SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, 228; Id., *Le responsabilità civili*, in AA.VV., *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, cit., 280 ss.

[53] *Contra* MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, 230; TESCARO, *La responsabilità dell'Internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, cit., 181, che parlano in questi casi di una responsabilità del provider per fatto altrui.

[54] Per l'operatività, sempre all'interno della responsabilità aquiliana, accanto ai più generici doveri di *neminem laedere* di doveri più specifici, aventi la veste di obblighi veri e propri, che si denominano “obblighi del traffico” (*Verkehrspflichten*), cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, 25 ss e 28 s., per il quale “la qualificazione professionale potrà valere a fini di graduazione della colpa ma fermo restando che la responsabilità del soggetto si fonda sulla lesione di diritti e interessi protetti in via aquiliana”. Per il richiamo alla figura della responsabilità contrattuale per violazione di obblighi di *status*, al fine di offrire una disciplina adeguata ad ipotesi altrimenti destinate a perdersi sullo sfondo di una troppo generica responsabilità aquiliana, cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 185 ss., ora in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 248 s.;

[55] *Contra* cfr. le osservazioni di RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 57 ss. e 275; DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., 291, per i quali la direttiva 2000/31/CE “non crea una forma di responsabilità *ad hoc* per gli intermediari della rete, in quanto ha preferito consentire l'applicazione a questi soggetti delle regole di diritto comune”, salvo affermare che “quando in capo a tali operatori non è possibile individuare alcuna responsabilità specifica espressamente prevista dalla direttiva stessa, essi non rispondono del fatto illecito compiuto *on-line* da chi utilizza i loro servizi”.

[56] ALESSI, *Il difficile percorso della responsabilità civile europea*, cit., 381 evidenzia come la disciplina della responsabilità civile assuma “ora come referente precipuo norme di comportamento, doveri di diligenza e protezione, immediatamente destinati a regolare la presenza sul mercato di determinati soggetti e attività, ma idonei a garantire il necessario contesto entro il quale possano essere preservati valori, interessi, beni che l'ordinamento ritiene prioritari. Oggetto di attenzione non è tanto l'illecito e l'atto che ha segnato la violazione di un diritto (o interesse) e ha già causato il danno, ma ciò che dovrebbe impedire l'evento dannoso”.

[57] La conoscenza, così come delineata dal disposto dell'art. 16, comma 1, lett. a) e dunque comunque

raggiunta, anche grazie alla segnalazione di un soggetto non qualificato, è di per sé sola sufficiente a sottrarre il fornitore di ospitalità al regime di irresponsabilità descritto dalla norma e fa sorgere a suo carico l'obbligo di informare senza indugio le autorità competenti, ex art. 17, comma 2, lett. a), la cui violazione è fonte di responsabilità civile, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo. Per una diversa ricostruzione che collega la responsabilità dell'*host provider* alla ricorrenza di entrambe le condizioni (*sub a e b*), sulle base dell'equazione legale conoscenza=conoscenza su comunicazione delle autorità competenti, cfr. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n 70/2003*, cit., 195 ss. Ritengono che la norma abbia introdotto due fattispecie attributive di responsabilità, collegando anche all'ipotesi prevista *sub a*) l'obbligo di rimozione e disabilitazione all'accesso, CASSANO-CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *I contratti*, 2004, 91 ss.

[58] Prima dell'emanazione della direttiva 2000/31/CE, si erano già espressi in tal senso: TROIANO, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità*, in *AIDA*, Milano, 1998, 405; PERON, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 829.

[59] Così RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 206. Nel silenzio della legge, Id., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in AA. VV., *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 396, sostiene che sia preferibile "ritenere che il prestatore sia tenuto ad impedire l'accesso o a rimuovere le informazioni (presunte) illecite, salvo che la *notification* sia anonima". *Contra* CAMMARATA, *Sotto torchio gli operatori della Rete*, in [www.interlex.it](http://www.interlex.it), per il quale l'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 disciplina la sola responsabilità civile, facendo riferimento a due diversi criteri di imputazione della responsabilità: la colpa e il dolo.

[60] In dottrina, ONOFRIO, *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA*, 2007, 367 ss., ritiene che la divergenza dalla disposizione della direttiva, imponga al giudice nazionale di disapplicare la norma di recepimento, per la parte non conforme. Per l'esame delle difficoltà interpretative poste dal generico e atecnico riferimento alla comunicazione dell'autorità competente, v., *infra*, nel testo.

[61] Così, BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 159 ss., cui si rinvia per l'esame del problema dell'imputazione della conoscenza alla società intermediaria, in base alla corretta considerazione che, di norma, l'intermediario non è una persona fisica, ma una vera e propria organizzazione di impresa.

[62] *Contra*, DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"*, cit., 417 s.

[63] V., *infra*, § 4.

[64] Ai sensi di tale previsione i prestatori che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, sono tenuti a un preciso 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".

[65] V. GAMBINI, *Le responsabilità civili*; cit., 287 ss.

[66] Ritengono, invece, che grazie alla nuova normativa i prestatori intermediari finiscano col beneficiare di una sostanziale deresponsabilizzazione STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in *Dir. inf.*, 2001, 662, pr il quale la direttiva comunitaria avrebbe tracciato una sorta di "statuto" dell'irresponsabilità degli intermediari di Internet; PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, cit., 9, che parla di "soluzione sostanzialmente più vicina ad una regola di immunità". Nella stessa direzione, cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in A.A.V.V.,

*La tutela del navigatore in Internet*, cit., 137.

[67] In tale direzione, v. Trib. Bari, 13 giugno 2006, in *Dir. Internet*, 2006, 6, 563, con nota critica di TRUCCO, *Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider*, che attribuisce ampio rilievo alla circostanza che le persone presunte danneggiate avessero espressamente richiesto, a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la rimozione immediata delle loro immagini dal sito ospitato, per affermare che l'*hosting provider* "sapeva" della natura illecita delle informazioni pubblicate in rete, derivandone l'obbligo della tempestiva rimozione a suo carico, ex art. 16, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 70 del 2003; Trib. Roma 16 dicembre 2009, cit., che ha ritenuto determinante ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'*hosting provider* per l'illecita diffusione di opere protette dal diritto d'autore, il reiterato compimento della condotta lesiva nonostante le numerose diffide stragiudiziali ricevute; Trib. Roma 11 febbraio 2010, cit., per il quale la disciplina prevista dal decreto n. 70 del 2003, pur non richiedendo all'*hosting provider* di svolgere un'attività preventiva di controllo e di accertamento sull'eventuale illiceità del materiale immesso dagli utenti, pone a suo carico l'obbligo di rimuoverlo immediatamente, non appena avuto conoscenza di tale illiceità, anche mediante comunicazioni ricevute dal titolare dei diritti, non essendo necessario a tal fine un apposito ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente. In dottrina, cfr. CASSANO-CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers*, cit., 88 ss., per i quali il *provider* sarebbe tenuto a rimuovere il contenuto asseritamente illecito, qualunque sia il soggetto che gli invii una segnalazione in tal senso. *Contra*, Trib. Milano 16 luglio 2007, in *Dir. Internet*, 2008, 134, dopo aver sancito che la diffusione non autorizzata di video televisivi da parte della società "Yahoo! Italia" costituisce violazione del diritto di autore, ha stabilito che la società che gestisce un motore di ricerca possa essere tenuta a rimuovere il materiale illecito pubblicato da un utente sulla rete solo a seguito dell'esecuzione del provvedimento giudiziale (di merito o cautelare) contro l'autore dell'illecito, non rilevando, al riguardo, l'inoltro di diffide stragiudiziali da parte dei soggetti danneggiati; Trib. Roma 14 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 252 ss., con nota di MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet provider per violazione del diritto d'autore*, che, dopo aver chiarito che la sola informativa ricevuta attraverso la diffida inviata dalla Federazione contro la pirateria audiovisiva, non è idonea a far insorgere in capo all'*hosting provider* l'obbligo di sospendere il servizio di accesso ai siti, gli ordina di comunicare alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma ed al Ministero delle comunicazioni, competente a vigilare, tutti i dati in suo possesso idonei alla repressione dei reati in materia di diritto d'autore. In dottrina, v. le osservazioni critiche espresse, in una prospettiva comparatistica, da CASAROSA, *Wikipedia: esonero dalla responsabilità in caso di immediata rimozione dei materiali illeciti*, in *Danno e resp.*, 2009, 149.

[68] BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli Internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1571.

[69] DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promusicae"* cit., 414, paventa "il diffondersi in Internet della pratica, ormai consolidata oltreoceano per altri media, degli "SLAPP" (Acronimo di *Strategy Law Against Public Participation*), ossia di azioni risarcitorie intentate strumentalmente da grandi società o soggetti influenti non per ottenere risarcimenti, ma per scoraggiare l'esercizio del diritto di critica e più in generale la partecipazione democratica alle scelte politiche ed economiche da parte dei cittadini-consumatori (cd. *chilling effect*).

[70] Sui pericoli insiti nel riconoscimento di un potere-dovere di censura in capo al *provider*, cfr., per tutti, RODOTA', *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, cit., 15; DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, cit., 756.

[71] Si segnala al riguardo che il considerando n. 46 della direttiva 2000/31/CE precisa che "la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale".

Ferma la possibilità per gli “Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell’accesso alle medesime”.

[72] Per il commento di tale disposizione v., *infra*, il § 4.

[73] Tali, in via generale, l’Autorità di Garanzia per le Comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali o ancora il Garante per la concorrenza e il mercato, nei casi di illeciti anticoncorrenziali o realizzati attraverso forme di pubblicità ingannevole.

[74] In tal senso, NATOLI, *La tutela dell’onore e della reputazione in Internet: il caso della diffamazione anonima*, cit., 470.

[75] Si interroga sulla ragionevolezza della pretesa di controllo e, conseguentemente, sull’esigibilità della stessa MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell’impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, 410 ss.

[76] L’adozione di criteri di imputazione della responsabilità troppo stringenti, finirebbe, infatti, con l’imporre al prestatore intermediario una condotta di controllo inesigibile sul piano pratico, per motivi tecnici, legati alla copiosità delle informazioni quotidianamente immesse o veicolate e delle comunicazioni trasmesse ed alla possibilità che ha l’utente di modificare liberamente e continuamente i contenuti immessi nei siti ospitati, oltre che per ragioni di tipo giuridico: si pensi, ad esempio, alle norme a tutela della *privacy* e alle garanzie costituzionali della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e della libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.), che vieterebbero forme di controllo sui materiali circolanti in rete, tali da consentire ai gestori dei servizi telematici di accedere ai contenuti delle conservazioni, anche private, svolte tra i partecipanti ad una *chat* o a un *news-group* o dei messaggi scambiati via *e-mail* tra gli utenti.

[77] Sulle diverse soluzioni prospettate, cfr., in dottrina, prima dell’entrata in vigore della direttiva, TOSI, *Le responsabilità civili*, in AA.VV., *I problemi giuridici di Internet*, a cura di Tosi, Milano, 1999, 233 ss.; FRANZONI, *La responsabilità del provider*, cit., 250 ss. Per il richiamo all’art. 2050 c.c., dopo la direttiva, RUFFOLO, *Nuove tecnologie: questioni antiche e nuove tutele*, in AA.VV., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., 289 e 298, che affronta la questione dell’applicabilità diretta o analogica degli artt. 18 l. n. 675/1996, 2050 e 2051 c.c., con riguardo alla responsabilità del *provider* e della invocabilità nei suoi confronti di un’azione inibitoria o comunque con effetti pratici inibitori. Nel senso della responsabilità oggettiva, v., altresì, POGGIO, *La responsabilità dell’internet provider*, *ivi*, 193. In giurisprudenza, cfr. Trib. Napoli 26 febbraio 2002, cit., che ha ritenuto di estendere la responsabilità per illecito contraffattorio compiuto dal titolare del nome di dominio anche al *provider* che ne ha curato la registrazione, ritenendo che la registrazione da parte del *provider* di un nome di dominio coincidente con un marchio da altri registrato (subendone le conseguenze) costituisce un tipico rischio d’impresa, di cui egli risponderà a tale titolo; in senso conforme, cfr. Trib. Napoli 18 febbraio 2004, cit; Trib. Napoli 8 luglio 2002, in *Giur. Napoletana*, 2002, 427, che ha riconosciuto la responsabilità concorrente di un *provider* che si è limitato ad ospitare sul proprio *server* pagine *web* predisposte dal cliente dal contenuto diffamatorio, ritenendo estensibile alla attività connesse al trattamento dei dati personali la regola prevista dall’art. 2050 c.c. Per una responsabilità di tipo editoriale del *content provider* (in quanto soggetto che produce o gestisce l’informazione), cfr. Trib. Bologna 14 giugno 2001, n. 3331, cit.; Trib. Bologna 26 novembre 2001 [www.ipsoa.it/ngonline](http://www.ipsoa.it/ngonline); Trib. Napoli 8 agosto 1997 (ord.), cit., che si pronunciano per l’applicabilità in via analogica, possibile in quanto ai soli fini civilistici, dell’art. 11 l. n. 47 del 1948. *Contra*, Trib. Velletri, 20 maggio 2000, in *AIDA*, Milano, 2000, 991, che stabilisce che “l’Internet service provider che si limiti a fornire ad un *content provider*, dietro pagamento di un canone di abbonamento, l’accesso alla rete telematica e lo spazio per la pubblicazione dei suoi contenuti attraverso un personal computer del content provider ed una serie di *password* fornite dall’Internet service provider, in una situazione in cui il contenuto del sito può essere costantemente modificato ed

aggiornato dal *content provider*, non può essere considerato corresponsabile degli illeciti commessi attraverso il sito *web*”.

[78] Di inversione rispetto ad un generale andamento della responsabilità civile dell'ultimo secolo, che è stato nel senso di affermare, ampliandola, la responsabilità dell'operatore economico, parlano ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in A.A.V.V., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., 137 s.; TOSI, *Le responsabilità civili*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet, Dall'E-Commerce all'E-Business*, cit., 578.

[79] Per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v., *supra*, nota 39.

[80] Ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2000/31/CE, gli Stati membri potranno prevedere che loro Autorità giudiziarie o amministrative impongano a questi intermediari di por fine ad una violazione o di impedirla; potranno anche essere definite procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime. Gli Stati membri potranno, altresì, stabilire che gli intermediari 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 dati.

[81] Il legislatore interno, discostandosi in questo dal dettato dell'art. 15 della direttiva 2000/31/CE, introduce, nel comma 3 dell'art. 17, due ipotesi espresse di responsabilità civile dell'Internet *service provider*, per omessa osservanza degli obblighi di cooperazione con l'autorità competente previsti a suo carico. Tale disposizione è il risultato dell'esercizio di una ampia facoltà di intervento riconosciuta agli Stati membri dal considerando n. 48 della direttiva stessa, che prevede la possibilità “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”. In linea con le osservazioni che si esprimeranno più oltre nel testo, con riguardo alle disposizioni in tema di responsabilità del *provider* complessivamente intese, si rileva, fin d'ora, che il dovere di diligenza, posto dalla direttiva in capo ai prestatori intermediari, viene a specificarsi, *ex lege*, in puntuali obblighi di cooperazione e intervento. Analoghe osservazioni possono ripetersi relativamente al disposto dell'art. 31 lett. l) della legge delega, che prevedeva il più generale dovere dell'intermediario di usare la dovuta diligenza, una volta venuto “a conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso”, che viene ora a specificarsi nell'obbligo di informarne l'autorità competente, di cui, appunto, al comma 3 dell'art. 17.

[82] È indubbio, peraltro, che un provvedimento inibitorio proveniente da un'autorità amministrativa, per di più assistito da una sanzione di tipo civile, al pari di analogo provvedimento emesso, magari in via d'urgenza, in sede giudiziaria – ferma, si intende, la diversa efficacia degli stessi – rappresenti il rimedio più efficiente di tutela per il soggetto danneggiato. RUFFOLO, *Nuove tecnologie: questioni antiche e nuove tutele*, in A.A.V.V., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., 286 ss., risolve positivamente i dubbi sulla possibilità che, in caso di diffusione via Internet di comunicazioni illecite da parte di un utente, il danneggiato ottenga un provvedimento di urgenza a carattere inibitorio, *ex art. 700 c.p.c.*, nei confronti del *provider*-vettore, in quanto si è in presenza di “comunicazioni illecite altrui ma veicolate in rete solo grazie alla sua attività o ai suoi beni strumentali (il *server*, ad esempio)”. E ciò pur potendo tale soggetto non essere ritenuto responsabile della condotta lesiva dell'utente, ove ricorrano le condizioni che lo esonerano da responsabilità, *ex art. 14 d.lgs. n. 70 del 2003*. In giurisprudenza, cfr. Trib. Verona, 18 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, c. 2032, con nota di DI CIOMMO, *Dispute sui domain names, fatti illeciti compiuti via Internet ed inadeguatezza del criterio del locus commissi delicti*, che in un caso di contraffazione di marchio a mezzo Internet, commessa mediante l'utilizzazione indebita di un nome di dominio, afferma che “il comportamento da reprimere - in via inibitoria - non consiste nella disponibilità

sulla rete del sito in cui si perpetra la violazione, bensì nella predisposizione del sito stesso e nella sua gestione”, giustificando, in tal modo, la proponibilità di tale rimedio anche nei confronti del *provider*; Pret. Vicenza, 23 giugno 1998, in *Dir. inf.* 1998, 821, che ha ritenuto configurabile il reato di diffamazione continuata a carico del gestore di una pagina *web* e disposto il sequestro preventivo delle attrezzature del *provider* utilizzate per commettere l’illecito, sottraendo i mezzi tecnici ad un incolpevole *provider*, anziché punire direttamente il soggetto che aveva commesso l’illecito; Trib. Teramo 11 dicembre 1997 (ord.), cit., che ha ritenuto esperibile l’azione *ex art.* 700 c.p.c. volta alla rimozione di informazioni lesive di un sito Internet, pur escludendosi, nella specie, la legittimazione passiva (anche) del *provider* (oltre che dell’autore dell’illecito), sulla base dello stesso contratto intercorso tra l’utente e il *provider* manutentore del sito.

[83] L’estensione dell’obbligo di informare l’autorità competente anche alla conoscenza del carattere “meramente pregiudizievole” per un terzo del contenuto del servizio al quale assicura l’accesso, rischia di aggravare non poco la posizione del prestatore, imponendogli una condotta collaborativa di tipo informativo anche in riferimento alla fase che precede il compimento stesso degli illeciti telematici e che, perciò, intende favorire la prevenzione degli eventi dannosi.

[84] Il principio dell’assenza di un obbligo generale di sorveglianza trova un ulteriore temperamento nella disposizione di cui alla lettera b) dell’art. 17, che pone a carico dell’operatore che offre servizi di memorizzazione dei dati – quindi del solo *hosting provider* – l’obbligo di fornire senza indugio, in presenza di una richiesta in tal senso delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l’identificazione degli utenti, sanzionando, in tal modo, una condotta omissiva del prestatore di ospitalità che potrebbe impedire la prevenzione degli illeciti o l’individuazione dei responsabili. L’obbligo di comunicazione alle autorità richiedenti descritto dalla norma, presuppone, peraltro, necessariamente, la configurazione a carico del fornitore di ospitalità di ulteriori e preventivi obblighi di condotta, consistenti nella necessaria identificazione dei destinatari del servizio di ospitalità, al momento della stipula del contratto di *hosting*, e nei connessi obblighi di accertamento e di verifica dell’esattezza dei dati identificativi esibiti, di raccolta e conservazione di tali dati in funzione della comunicazione stessa.

Per l’estensibilità, in via interpretativa, di tali obblighi a tutti gli Internet *service providers*, attraverso il richiamo alla diligenza professionale cui devono improntare l’esercizio della loro attività (art. 1176, comma 2, c.c.), v. GAMBINI, *Colpa e responsabilità nella fornitura di servizi Internet*, in AA.VV., *I contratti informatici*, a cura di Clarizia, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, 6 Torino, 2007, 639 ss. Nella medesima direzione, cfr. gli obblighi identificativi, di controllo e conservazione dei dati anagrafici posti a carico del fornitore di accesso e di servizi Internet dal codice ANFOV (artt. 6, 11 e 12 e dal codice AIIP (artt. 4, 5 e 7).

[85] Così, FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in A.A.V.V., *Commercio elettronico*, cit., 40; cfr., altresì, TOSI, *Le responsabilità civili*, in AA. VV., *I problemi giuridici di Internet, Dall’E-Commerce all’E-Business*, cit., 577 ss.; SICA, *Le responsabilità civili*, in AA.VV., *Commercio elettronico e servizi della società dell’informazione*, cit., 297 ss.

[86] Non sembra, infatti, potersi condividere la posizione di chi, in dottrina (cfr. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 157 ss.), riferisce gli obblighi comunicativi in esame ai soli servizi di memorizzazione delle informazioni, cioè alla sola attività di *hosting*, riducendone, immotivatamente, l’ambito di applicabilità.

[87] Solo ipotizzando un eccessivo ampliamento dell’area della diligenza professionale in concreto esigibile dall’Internet *service provider* – stante anche il divieto di prevedere a carico dei prestatori intermediari un costante impegno di ricerca attiva sulla rete di indicatori della presenza di attività illecite, disposto dall’art. 17, comma 1, del decreto – potrebbe estendersene l’applicabilità anche agli

illeciti telematici dei quali sia difficile cogliere il contenuto lesivo: si pensi alla lesione dei diritti della personalità, quali la riservatezza o l'identità personale del soggetto o alla commissione di illeciti concorrenziali in Internet.

[88] In tal senso si esprime la motivazione della sentenza del Trib. Milano 12 aprile 2010, cit., secondo la quale l'utilizzazione di programmi filtro può rappresentare un valido "compromesso tra un controllo diretto su tutti i video e il debole controllo sociale lasciato agli utenti della *community*". Cfr. le osservazioni di MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale,?*, in *Dir. inf.*, 2010, 799 ss.

[89] Si ritiene di condividere il pensiero di CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 219, nota 135, per il quale "parlare di obblighi di diligenza [...] significa ritenere che il contenuto di essi è esemplato sul modello della diligenza, ferma restandone fonte la correttezza".

[90] Peraltro, i sistemi di filtraggio adottati dagli *hosting providers* potrebbero dar luogo a un inadempimento contrattuale nei confronti del destinatario del servizio di rete, nei casi in cui l'informazione sull'illiceità del sito si rivelasse inesatta o il contenuto dovesse risultare lecito. Ne consegue che l'operatore sarà tenuto ad osservare, nelle valutazioni cui è chiamato, la diligenza professionale alla quale deve ispirare l'esercizio di ogni sua attività.

[91] In tal senso, cfr. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in A.A.V.V., *Commercio elettronico*, cit., 40; DELFINI, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 9 ss., il quale pone il prestatore intermediario in una posizione di garanzia relativa all'impedimento di altrui illeciti; CASSANO-BUFFA, *Responsabilità del content e dell'host provider*, in *Corr. giur.*, 2003, 81, parlano di posizione di garanzia per tutto quanto accade successivamente alla scoperta del fatto illecito da parte del *provider*.

[92] Per MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale,?*, cit., 800, stante "la difficoltà sia teorica che pratica di adottare filtri davvero efficaci senza difetti (o eccessi), qualora debba valutarsi l'adeguatezza del sistema di *filtering* ai fini del rispetto di eventuali obblighi da parte del *provider*, non potrà che farsi riferimento alla diligenza media ovvero professionale – a seconda della natura dei siti – ex art. 1176 c.c."

[93] In particolare, secondo la l. 6 febbraio 2006, n. 38, recante "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet", i *providers* sono obbligati a segnalare al "Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet" (istituito dall'art. 14-*bis* della medesima legge), qualora ne vengano a conoscenza, le imprese o i soggetti che diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché a comunicare senza indugio al Centro, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti; sono, altresì, tenuti a conservare, per almeno 45 giorni, il materiale oggetto della segnalazione e, soprattutto, ad adottare strumenti di filtraggio idonei ad impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro nazionale. I sistemi di filtraggio (e le relative soluzioni tecnologiche) dovranno essere conformi ai requisiti individuati con successivo decreto del Ministero delle Comunicazioni, di concerto con il Ministero per l'Innovazione, sentite le associazioni di categoria, di recente emanazione (D.M. 8 gennaio 2007). Il decreto (art. 4) prevede, in particolare, che i siti segnalati dal Centro siano inibiti a livello (minimo) di "nomi di dominio ovvero a livello di indirizzo Ip ove segnalato in via esclusiva". Mentre il successivo art. 5, che dovrebbe individuare i requisiti tecnici degli strumenti di filtraggio, contiene un'indicazione delle sole loro caratteristiche funzionali. La prevista adozione di idonei sistemi di "filtraggio" (art. 19) volti ad impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro ha suscitato notevoli perplessità, sia presso le associazioni di categoria dei fornitori di servizi Internet (anche per i costi aggiuntivi da sostenere) sia presso le

associazioni a tutela della libertà telematica: a detta di tali soggetti, la messa a punto di procedure di filtraggio segnerebbe un aggravio eccessivo della posizione dei fornitori del servizio di connettività. Indubbi, però, i vantaggi che ne discenderebbero, rappresentati dal blocco sicuro dell'accesso casuale ai contenuti dei siti pedopornografici, con conseguente limitazione della diffusione del relativo materiale e dalla disponibilità di un elenco di siti, utile strumento di cooperazione internazionale per la repressione del fenomeno.

Analogamente, il legislatore è intervenuto in materia di giochi e scommesse *on-line* (c.d. *gambling*) con l'articolo 1, commi 535 ss., della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge Finanziaria per il 2006), che ha stabilito che l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS) comunica ai fornitori di connettività alla rete Internet ovvero ai gestori di altre reti telematiche o di telecomunicazione o agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi telematici o di telecomunicazione, i casi di offerta, attraverso le predette reti, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro in difetto di concessione, autorizzazione, licenza od altro titolo autorizzatorio o abilitativo o, comunque, in violazione delle norme di legge o di regolamento o dei limiti o delle prescrizioni definiti da AAMS stessa (comma 535) e che i destinatari delle predette comunicazioni hanno l'obbligo di inibire ai soggetti l'utilizzazione delle reti, adottando a tal fine misure tecniche idonee (poi stabilite con il decreto del 7 febbraio 2006 del Ministero dell'economia e delle finanze-AAMS). Con riguardo, in particolare, alle "responsabilità dei fornitori dei servizi di rete", l'art. 3 del decreto ministeriale di attuazione della disposizione di legge prevede che il fornitore di connettività, di *providing* o di contenuti che trasmette, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un operatore non autorizzato alla raccolta di giochi, o che fornisce servizi di rete, è responsabile delle informazioni trasmesse, nell'ipotesi in cui non adotti le misure di "filtraggio" previste dal medesimo decreto. Inoltre, il fornitore di servizi di rete è civilmente responsabile nei confronti dei terzi del contenuto dei servizi offerti nel caso in cui, su richiesta dell'amministrazione, non abbia agito nei termini indicati per impedire l'accesso ai contenuti illeciti, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'amministrazione stessa (art. 4). Anche in questo caso, dunque, la novità dell'intervento normativo è data dall'aver aggiunto, quale ulteriore specificazione dei doveri collaborativi posti espressamente a carico dell'Internet *service provider*, ai già noti obblighi di rimozione e informazione - ricostruiti, peraltro, sul dettato dell'art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 70 del 2003, di cui ripetono anche la formulazione imprecisa (per tutte, l'utilizzo della nozione di conoscenza e il riferimento al carattere pregiudizievole del servizio) - l'obbligo di adottare precise misure di filtraggio delle informazioni.

[94] Per la generale configurabilità di una tale responsabilità a carico del soggetto che ometta di prestare un'attività per lui non rischiosa e non impegnativa idonea ad evitare un danno a terzi, cfr. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 100. Fonda sul richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., la sua ridefinizione, in chiave funzionale, della responsabilità civile, RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, cit., 89. Per un equo contemperamento tra solidarietà sociale e libertà individuale, v. BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 3. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 705.

[95] Trib. Roma 16 dicembre 2009, cit.

[96] Così, testualmente, DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 829 ss. Nella stessa direzione, v. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, cit., 802.