

Matteo Montanari

**LA RESPONSABILITÀ DELLE
PIATTAFORME ON-LINE (IL CASO
ROSANNA CANTONE)**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

**TRIBUNALE NAPOLI
NORD**
3 NOVEMBRE 2016
PRESIDENTE: SINISI

ESTENSORE: BUFFARDO

PARTI: FACEBOOK IRELAND LTD
(avv.ti Montinari, Bellezza,
Petrìs, Leopoldo)

GIGLIO
(avv.ti Orefice, Melica)

• Responsabilità dell'hosting provider • Posizione di garanzia • Dovere di sorveglianza • Rimozione contenuti illeciti • Illecito permanente • illecito plurisoggettivo eventuale • Diritti personalissimi • Ordine di rimozione • Inibizione ulteriore diffusione • Misure coercitive indirette

Deve ritenersi sussistente la responsabilità dell'internet service provider per le informazioni oggetto di "hosting" (memorizzazione durevole) allorquando costui sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa e ciò pur in assenza di un generale obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, né integrandosi alcuna posizione di garanzia.

Il provider dal momento in cui ha conoscenza delle informazioni illecite concorre, in virtù di un au-

tonomo titolo, nell'illecito permanente già posto in essere dall'autore del contenuto, che diviene, quindi, plurisoggettivo.

Ai fini dell'operatività dell'obbligo di rimozione, non è indispensabile un previo ordine di rimozione specifico da parte dell'Autorità giudiziaria o amministrativa, ai sensi e per gli effetti degli artt. 16 e 17 d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70 nonché del Considerando n. 42 dir. 2000/31/CE nella parte in cui stabilisce che il prestatore deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni illecite.

Il prestatore di servizi di "hosting" non ha alcun dovere di verificare in via anticipata i contenuti inseriti dagli utenti e non può essere destinatario, dunque, di misure inibitorie in tal senso o indirettamente coercitive ex art. 614 bis c.p.c.

L'onere di provare la conoscenza dell'allegazione dello specifico contenuto illecito, proprio in virtù del generale divieto di sorveglianza, grava sul soggetto che lamenta la lesione.

Letti gli atti ed i documenti di causa, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 5 ottobre 2016; premesso:

— che con ricorso depositato in data 20.9.2016 Facebook Ireland Ltd. (di seguito anche "Facebook Ireland"), in persona del legale rappresentante pro tempore, ha proposto reclamo avverso l'ordinanza, resa in data 10.08.2016, con la quale il Tribunale di Napoli Nord, in composizione monocratica — dott.ssa Monica Marrazzo — a definizione del procedimento iscritto al n. R.G. 6312/2015, ha, tra l'altro, accolto la domanda proposta ex art. 700 c.p.c. da Tiziana Annunziata Cantone nei confronti di Facebook, ordinando "a Facebook l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network di ogni post o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificamente alla persona della ricorrente", contestualmente fissando "in € 100,00 la somma dovuta alla ricorrente ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. per ogni violazione o inosservanza dell'ordine che precede nonché per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, a partire dal ventunesimo giorno dalla comunicazione del presente provvedimento e fino al limite

massimo complessivo di euro 10.000,00, con condanna alla refusione delle spese e competenze di lite in favore della ricorrente;

— che la reclamante ha censurato il provvedimento di accoglimento sotto un triplice profilo: 1) intervenuta cessazione della materia del contendere alla data dell'emissione dell'ordinanza impugnata (si legge testualmente, alla pg. 3 del ricorso, "...Nel momento in cui il primo Giudice ha emesso l'ordinanza, nessuno dei contenuti pubblicati sul servizio Facebook come identificati dalla ricorrente — con il proprio ricorso d'urgenza era illecito o comunque accessibile sul servizio Facebook. In altri termini, alla data dell'emissione dell'ordinanza, era cessata la materia del contendere tra la ricorrente e Facebook Ireland."); 2) inesistenza dell'obbligo di rimozione dei contenuti individuati nel ricorso introduttivo in difetto di preventivo ordine emesso dalle autorità competenti ex art. 16 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (c.d. decreto e-commerce di 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); 3) l'omessa indicazione degli URL idonei ad identificare le pagine del servizio Facebook in relazione all'ordine con il quale il Giudice di prima istanza ha disposto "l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network di ogni post o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificamente alla persona della ricorrente"; invero, a parere della reclamante, "l'ampiezza dell'ordine così emanato dal primo Giudice si pone in netto contrasto con il disposto di cui all'articolo 17 del decreto e-commerce laddove impone a Facebook Ireland un obbligo generale di monitoraggio e rimozione di ogni post o pubblicazione contenente immagini (foto e/o video) o apprezzamenti riferiti specificamente alla persona della ricorrente";

— che, con il predetto reclamo, la ricorrente ha chiesto, in via preliminare, "la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza in quanto l'esecuzione della stessa causerebbe a Facebook Ireland gravissimi e irreparabili danni" e, nel merito, "in via principale, accertare che il quarto link identificato nel ricorso ex art. 700 c.p.c. dalla ricorrente (www.Facebook.com/pages/Tiziana_Cantone-sei.-tutti-noi-TORNA/472583122895984) non era accessibile sul servizio Facebook alla data in cui l'ordinanza è stata emessa e, per l'effetto, dichiarare cessata la materia del contendere e di conseguenza riformare l'ordinanza rigettando le domande della ricorrente nei confronti di Facebook Ireland; in via subordinata, accertare che l'ordinanza emessa si pone in contrasto le disposizioni del decreto e-commerce e della Direttiva e — commerce e, per l'effetto, riformare l'ordinanza rigettando le domande della ricorrente nei confronti di Facebook Ireland; in ogni caso, con compensazione delle rispettive spese, diritti e onorari del presente giudizio".

— che, ritenuti insussistenti i presupposti per la sospensione dell'esecuzione ex art. 669 *terdecies* ultimo comma c.p.c. e disposta la comparizione delle parti, con memoria depositata in data 4.10.2016 si costituiva la Sig.ra Teresa Giglio nella qualità di erede di Tiziana Annunziata Cantone concludendo per il rigetto del reclamo ovvero, in via subordinata, per l'accoglimento solo parziale dello stesso "ordinando a Facebook Ireland Ltd la immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del

social network di ogni post o pubblicazione contenente 1) immagini (foto e/o video) la cui diffusione non sia stata autorizzata dalla Sig.na Tiziana Cantone e/o la ritraggano comunque nel compimento di atti sessuali o 2) apprezzamenti offensivi, denigratori, derisori, e/o comunque riferiti alle preferenze sessuali della ricorrente e/o comunque a immagini (foto e/o video) la cui diffusione non sia stata autorizzata dalla sig.na Tiziana Cantone e/o la ritraggano comunque nel compimento di atti sessuali”, il tutto con vittoria di spese e competenze di lite da attribuirsi ai procuratori antistatari;

discussa la causa ed acquisito il fascicolo della fase cautelare;

ritenuto sussistente l'interesse alla proposizione del presente reclamo (manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire — sancito, con riferimento alla proposizione della domanda ed alla relativa contraddizione alla stessa, dall'art. 100 c.p.c.) con riferimento alla adottata statuizione di condanna contenuta nell'ordinanza del 10.08.2016 — resa dal Tribunale di Napoli Nord, in composizione monocratica, a definizione del procedimento iscritto al n. R.G. 6312/2015 — dalla cui inosservanza potrebbero insorgere pretese risarcitorie, non limitate all'applicazione della misura di coercizione indiretta (art. 614 *bis* c.p.c.), pure contenuta nel provvedimento gravato; che, invero, l'interesse all'impugnazione (cui va sostanzialmente assimilato il reclamo cautelare) va apprezzato in relazione all'utilità concreta derivabile alla parte dall'accoglimento del gravame, e si collega alla soccombenza, anche parziale, nel precedente giudizio, mancando la quale l'impugnazione è inammissibile (Cass., Sez. Un., 19 maggio 2008, n. 12637; conforme Cass. sez. lav., 10 novembre 2008, n. 26921; Cass. 28 aprile 2006, n. 9877; conforme Cass. 27 gennaio 2006, n. 1755 secondo cui “alla radice di ogni impugnazione deve essere individuato un interesse giuridicamente tutelato, identificabile nella possibilità di conseguire una concreta utilità o un risultato giuridicamente apprezzabile, attraverso la rimozione della statuizione censurata, e non già un mero interesse astratto a una più corretta soluzione di una questione giuridica non avente riflessi pratici sulla soluzione adottata. È, dunque, inammissibile, per difetto d'interesse, un'impugnazione con la quale si deduca la violazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, che non spieghi alcuna influenza in relazione alle domande o eccezioni proposte e che sia diretta quindi all'emanazione di una pronuncia priva di rilievo pratico.”);

considerato:

— che, contrariamente a quanto asserito dalla reclamante, alla data dell'emissione dell'ordinanza gravata non poteva ritenersi cessata la materia del contendere; fattispecie, quest'ultima, presupponente il sopravvenire di una situazione che elimini la ragione del contendere delle parti, facendo venir meno l'interesse ad agire e a contraddire, e cioè l'interesse ad ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, da accertare avendo riguardo all'azione proposta e alle difese svolte dal convenuto;

— che, invero, avuto riguardo ai links (n. 4) presenti nella pagina Facebook, dettagliatamente indicati nell'atto introduttivo e nelle note autorizzate, siccome contenenti fotografie e filmati riferiti alla persona della ricorrente (1. www.facebook.com/tiziana.cantone.bravo; 2. www.

[facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984](https://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi-TORNA/472583122895984); 3. [www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che - fa- cose/1504523263139513](https://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che-fa-cose/1504523263139513); 4. www.facebook.com/pages/Tiziana-cantone/1596244927292651), alla data del deposito dell'ordinanza risultava ancora attivo il link n. 2. [www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984](https://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi-TORNA/472583122895984), nonostante l'istante avesse inviato, a mezzo dei propri difensori e, quindi, ben prima del deposito del ricorso cautelare, diffide e segnalazioni al fine di ottenere la rimozione di tutti i video e le immagini ritenuti lesivi della propria reputazione (cfr. doc. allegati all'atto introduttivo e alle note depositate in data 20.5.2016 nell'ambito del procedimento iscritto al n. R.G. 6312/2015); detta circostanza, peraltro, trova conferma nella stessa produzione di parte resistente-odierna reclamante (cfr. doc. 4, 5, 6, 7 della produzione depositata da Facebook innanzi al giudice di prima istanza) da cui si evince che, mentre i links 1. www.facebook.com/tiziana.cantone.bravo; 2. [www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che - fa- cose/1504523263139513](https://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che-fa-cose/1504523263139513); 3. www.facebook.com/pages/Tiziana-cantone/1596244927292651 risultano non disponibili e, quindi, non accessibili, il quarto link [www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984](https://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi-TORNA/472583122895984), risulta ancora liberamente accessibile, non avendo peraltro l'originaria parte resistente fornito prova contraria in tal senso;

— che, in ogni caso, avuto riguardo all'azione proposta dalla ricorrente e alle pretese avanzate in sede cautelare ("rimozione immediata dai server e conseguente disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti riproducenti in tutto o in parte sequenze di immagini fisse o in movimento, nonché frasi diffamatorie, denigratorie ed offensive relative alla persona della ricorrente", nonché "ordine per il futuro di vietare la pubblicazione di video, immagini, notizie o articoli circa la sig.ra Tiziana Cantone, ed altresì ordinare la cancellazione delle pubblicazioni già effettuate, inibendo per il futuro dall'utilizzo delle stesse immagini e dei video", cfr. conclusioni del ricorso ex art. 700 c.p.c.), quand'anche fosse già avvenuta la rimozione dei contenuti analiticamente censurati, in ogni caso doveva ritenersi persistente l'interesse alla pronuncia cautelare quantomeno al fine di ottenere l'inibitoria con riferimento all'ulteriore caricamento dei medesimi dati;

rilevato:

— che l'odierna reclamante, fornitrice di un servizio di rete sociale basato su una piattaforma software scritta in vari linguaggi di programmazione, va qualificata come "provider" (termine anglosassone con la quale viene indicata quella società od organizzazione che offre ai propri utenti accesso alla rete Internet e/o servizi in qualche modo connessi all'utilizzo della stessa; più precisamente i provider sono chiamati ISP, Internet service provider; tra i Provider si distinguono: i *content provider*, fornitori di contenuti, autori quindi anche dei contenuti pubblicati sui propri server; i *network provider*, fornitori di accesso alla rete attraverso la dorsale internet; gli *access provider* che offrono alla clientela l'accesso ad internet attraverso modem o connessioni dedicate; gli *host provider* che forniscono ospitalità a siti internet e i *service provider* che forniscono servizi per internet, come accessi o telefonia mobile, i *cache provider* che immagazzinano dati provenienti dall'esterno in un'a-

rea di allocazione temporanea, la *cache*, al fine di accelerare la navigazione in rete; una definizione giurisprudenziale delle varie tipologie è contenuta nella sentenza n. 331/2001 del Tribunale di Bologna, secondo cui “*il termine Access Provider, o taluni casi anche Mere Conduit n.d.r., individua il soggetto che consente all’utente l’allacciamento alla rete telematica. Il compito dell’Access Provider è per lo più quello di accertare l’identità dell’utente che richiede il servizio, di acquisirne i dati anagrafici, e, quindi, di trasmettere la richiesta all’Authority Italiana affinché provveda all’apertura del relativo sito web. L’Access Provider può anche limitarsi a concedere al cliente uno spazio, da gestire autonomamente sul disco fisso del proprio elaboratore. [...] Il Content Provider è l’operatore che mette a disposizione del pubblico informazioni ed opere-riviste, fotografie, libri, banche dati, versioni telematiche di quotidiani e periodici — caricandole sulle memorie dei computers server e collegando tali computers alla rete. Content provider è anche chi si obbliga a gestire e ad organizzare una pagina web immessa in rete dal proprio cliente.*”); la stessa permette una agevole condivisione dei dati tra i propri utenti, potendo immagazzinare tali informazioni in via permanente nelle proprie piattaforme informatiche;

— che, con riferimento alla responsabilità degli ISP per gli illeciti commessi attraverso l’utilizzazione dei servizi di rete offerti, in difetto di una normativa di settore (poi adottata con il D.lgs. 2000/31), si riteneva in passato applicabile il regime generale della responsabilità civile previsto dall’art. 2043 c.c., oltre che della responsabilità penale (questa era del resto la soluzione avallata anche dalla autoregolamentazione dell’Aiip - Associazione Italiana Internet Provider — che prevedeva la responsabilità unica del fornitore per tutte le informazioni che metteva a disposizione del pubblico ex 2050 c.c. in quanto attività pericolosa);

— che, se la responsabilità del *Provider* è indiscussa nell’ipotesi in cui è il *provider* medesimo a porre in essere un illecito (come avviene per i c.d. *content Providers*), ben più complessa è la questione che si pone quando dei soggetti terzi, sfruttando servizi quali l’*hosting*, commettono degli illeciti, come avvenuto nel caso di specie;

— che la materia è stata disciplinata dalla Direttiva dell’8 giugno del 2000 (“*Direttiva sul commercio elettronico*”, 2000/31/CE, recepita dal D. Lgs. n. 70 del 2003), che ha sancito l’assenza di un obbligo generale di sorveglianza per gli ISP (art. 15, 2000/31/CE);

— che, più nel dettaglio, i *Provider*, in linea di massima, non sono responsabili quando svolgono servizi di c.d. *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) e *hosting* (art. 14);

— che, con specifico riferimento all’attività di memorizzazione durevole o “*hosting*” (qual è l’attività che ha assunto rilievo nella fattispecie sottoposta al vaglio di questo Tribunale), la responsabilità del *provider* è, altresì, espressamente esclusa dall’art. 16, a condizione che: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l’attività o l’informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso;

— che, infine, l'art. 17 esclude che il provider sia assoggettato ad un generale obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza ovvero ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite;

considerato:

— che la limitazione di responsabilità introdotta a beneficio degli ISP è principalmente volta ad evitare l'introduzione di una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l'ipotesi di una compartecipazione dei *providers* ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito (l'affermazione si rinviene nella relazione sui risultati dell'indagine conoscitiva disposta dall'Autorità Garante delle Comunicazioni su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", pubblicato sul sito *www.agico-m.it* il 12.2.2010, pg. 18);

— che, pur in assenza di un generale obbligo di sorveglianza ovvero di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17 cit.) — il cui adempimento, oltre ad apparire notevolmente difficoltoso se non addirittura impossibile sul piano tecnico tanto che si discute della stessa esistenza di una tecnologia in grado di effettuare precisamente e in un contesto globale ed in continuo aggiornamento la verifica di tutti i dati e/o attività svolte nel web, comporterebbe un eccessivo dispendio di risorse oltre che una forte limitazione della libertà degli utenti — deve tuttavia ritenersi sussistente una responsabilità per le informazioni oggetto di memorizzazione durevole od "hosting" laddove, come avvenuto nel caso di specie, il provider sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita (art. 16, comma 1, lettera *b* citato) e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa;

— che, invero, non appare condivisibile l'opinione sostenuta da parte reclamante secondo cui sussisterebbe un obbligo di rimozione solo laddove intervenga un ordine dell'autorità piuttosto che per effetto di una conoscenza acquisita *aliunde*, magari in modo specifico e qualificato, come nel caso di denuncia del soggetto cui l'attività o l'informazione si riferisce;

— che la non indispensabilità di un ordine specifico dell'autorità per la rimozione dell'attività e/o dell'informazione illecita deriva dalle seguenti argomentazioni: 1. dall'articolazione del regime di esonero dalla responsabilità in due fattispecie distinte (lettere *a* e *b* del comma 1 dell'art. 16) laddove, se si fosse voluto ritenere nascente l'obbligo di rimozione dal solo ordine delle autorità competenti, non avrebbe avuto senso alcuno prevedere un'ipotesi autonoma di "irresponsabilità" connessa, semplicemente, alla non effettiva "conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita"; 2. dalla stessa previsione di cui al successivo art. 17 nel senso che, se l'obbligo di rimozione può derivare solo da un precedente ordine dell'autorità, non ci sarebbe motivo di sancire l'assenza di un generale obbligo di sorveglianza giacché, in ogni caso, il *provider* non potrebbe o, comunque, non dovrebbe attivarsi spontaneamente o volontariamente per impedire l'attività e la diffusione dell'informazione illecita; 3. dallo stesso tenore letterale dell'art. 17 il quale nel sancire l'assenza di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite consente di

ritenere che un obbligo di tal fatta sussista a fronte di una conoscenza acquisita “passivamente” (ossia a seguito di specifica denuncia o segnalazione proveniente da terzi soggetti) ed in modo specifico (ovvero con indicazione delle attività e/o delle informazioni illecite); 4. dal tenore letterale dei “considerando” nn. 42 e ss. della stessa dir. 2000/31/CE e, in particolare, del n. 46 secondo cui “Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell’informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l’accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La 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. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni e della disabilitazione dell’accesso alle medesime.”; 5. dalla valutazione degli interessi coinvolti giacché, venendo in rilievo diritti della personalità (quali l’immagine, il decoro, la reputazione, la riservatezza), appare irrazionale dover attendere un ordine dell’autorità il quale potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione; 6. dall’esigenza di bilanciare gli interessi in conflitto (garantire la diffusività e la capillarità delle comunicazioni e tutelare la sfera personale degli interessati) sicché il punto di equilibrio può ragionevolmente essere rinvenuto in un sistema di controllo successivo ed attivazione precipua da parte del soggetto titolare dei diritti della personalità ritenuti violati;

— che in tal senso si è espressa la stessa Corte di Giustizia secondo la quale il contemperamento tra l’esigenza di garantire una libera comunicazione e informazione, e di tutelare insopprimibili diritti altrui, avviene allorché si costruisce una figura di *hosting provider* che deve rimanere tutt’altro che inerte o passivo non appena ricevuta la notizia dell’illecito commesso dai fruitori del suo servizio, al fine di consentire la pronta rimozione delle informazioni illecite confluite nel sito o per impedire l’accesso ad esse, in quanto tenuto a quella diligenza che è ragionevole attendersi per individuare e prevenire le attività illecite specificamente denunciate; da quanto sopra, si deduce pertanto che “il divieto imposto agli Stati membri di imporre un obbligo di sorveglianza preventivo e generale non riguarda gli obblighi di sorveglianza di tipo special-preventivo, relativi a casi di violazione di diritti specifici, ove il generale regime di limitazione della responsabilità non esclude la possibilità per i singoli di intentare azioni inibitorie a tutela dei propri singoli diritti” (v. caso C-314/12, UPC Telekabel in una fattispecie di tutela della proprietà intellettuale);

— che, in definitiva, pur non essendovi un obbligo di controllo preventivo dei contenuti presenti né una posizione di garanzia, sussiste tuttavia un obbligo successivo di attivazione di modo che la responsabilità *a posteriori* dell’*hosting provider* sorge per non aver ottemperato — come per l’appunto verificatosi nella fattispecie in esame — a una richiesta (diffida) di rimozione dei contenuti illeciti proveniente dalla parte che

assume essere titolare dei diritti, ovvero per non aver ottemperato a un ordine dell'autorità, sia essa giurisdizionale o amministrativa, cui si sia rivolto il titolare del diritto per ottenere il medesimo effetto;

— che d'altra parte costituisce ormai un principio consolidato, sia in dottrina che in giurisprudenza, quello secondo il quale è escluso un dovere di controllo preventivo del *provider* rispetto ai contenuti immessi in rete, essendo viceversa prevista la possibilità di un intervento dello stesso *provider* successivo alla segnalazione della violazione, in primo luogo, da parte del titolare del diritto che si afferma leso (cfr. ordinanza dell'11.7.2011, Tribunale di Roma, IX sezione civile, sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale; Tribunale ordinario di Torino, I sezione civile, sezione specializzata in materia di imprese, ordinanza del 5.5.2014; cfr. ordinanza del 23.6.2014 Tribunale ordinario di Torino — Tribunale delle Imprese, secondo cui «il contemperamento fra le esigenze della comunicazione e quelle di tutela dei diritti altrui avviene delineando una figura di hosting provider tutt'altro che “inerte” o “passiva”; si tratta, al contrario, di un soggetto che deve attivarsi, appena avuta notizia dell'illecito, per rimuovere le informazioni o per impedire l'accesso ad esse, e che è tenuto a quella diligenza che è ragionevole attendersi da lui per “individuare e prevenire” alcuni tipi di attività illecite; il divieto di obbligo di sorveglianza preventivo e generale “non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici”»);

— che, quindi, come affermato in riferimento ad analoghe fattispecie dalla giurisprudenza di merito, qualora — come nel caso di specie — non venga in rilievo un illecito del *service provider* per un'omissione conseguente ad un provvedimento dell'autorità, “una responsabilità del prestatore di hosting nei confronti del terzo danneggiato dai contenuti inseriti da un destinatario del servizio (e salva la responsabilità di quest'ultimo) è ravvisabile solo allorché il danneggiato dimostri in giudizio che il *provider* era comunque stato messo a conoscenza del contenuto illecito di un'attività o di un'informazione alla quale dava accesso e che, nonostante ciò, non si sia attivato per darne tempestiva comunicazione all'autorità, né abbia provveduto ad impedire prontamente l'accesso a quel determinato contenuto, avvalendosi del potere di autotutela negoziale di cui avrebbe potuto avvalersi in base al contratto concluso con il destinatario del servizio” (Cfr., in tal senso, ordinanza del 3.10.2013, Tribunale di Milano, sezione prima civile.);

— che, con riferimento alla fattispecie in esame, parte resistente—odierna reclamante era tenuta ad attivarsi per impedire l'ulteriore diffusione dei links (n. 4) a seguito della specifica e dettagliata segnalazione effettuata dalla ricorrente (cfr. ricorso introduttivo, note autorizzate, ricevuta di cancellazione e diffida inviata a Facebook Ireland Ltd, allegati al ricorso introduttivo e non oggetto di contestazione);

— che, a fronte di detto obbligo, la reclamante, prima dell'instaurazione del procedimento cautelare e della notifica del ricorso introduttivo, è rimasta totalmente inerte non provvedendo neanche, come pure avrebbe dovuto in base alla specifica previsione di cui all'art. 17 (comma 2) — dalla stessa più volte richiamata per andare esente da responsabilità — a denunciare prontamente il fatto alle autorità competenti, stante il conte-

nuto palesemente diffamatorio e denigratorio anche solo dei commenti e delle immagini presenti nei links oggetto di segnalazione;

ritenuto:

— che, viceversa, il ricorso cautelare non poteva trovare accoglimento quanto alle ulteriori domande formulate, volte ad ottenere un’inibitoria rispetto a futuri comportamenti di memorizzazione dei contenuti lesivi, ed in particolare ad impedire, in generale, ogni futura pubblicazione di video, immagini notizie o articoli riferiti alla persona della ricorrente, con contestuale emissione della misura di cui all’art. 614 *bis* c.p.c. per ogni violazione o inosservanza successiva per ciascun ordine di divieti (cfr. conclusioni, punto 3, del ricorso introduttivo);

— che, parimenti, non possa ritenersi suscettibile di tutela la ridotta pretesa, formulata in via subordinata dalla resistente in sede di reclamo, con la quale si chiede di “ordinare a Facebook Ireland Ltd la immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network di ogni post o pubblicazione contenente 1) immagini (foto e/o video) la cui diffusione non sia stata autorizzata dalla Sig.na Tiziana Cantone e/o la ritraggano comunque nel compimento di atti sessuali o 2) apprezzamenti offensivi, denigratori, derisori, e/o comunque riferiti alle preferenze sessuali della ricorrente e/o comunque a immagini (foto e/o video) la cui diffusione non sia stata autorizzata dalla sig.na Tiziana Cantone e/o la ritraggano comunque nel compimento di atti sessuali” (cfr. memoria di costituzione in atti);

— che, invero, come ampiamente illustrato in precedenza, l’art. 17 D.lgs. n. 70/2003 espressamente esclude un obbligo generale di sorveglianza, né tale obbligo è rinvenibile nella direttiva 2000/31/CE ovvero nella disciplina generale sulla responsabilità civile;

— che, pertanto, non ritenendosi sussistente un dovere di Facebook di verificare in via anticipata il contenuto dei post e dei commenti immessi dagli utenti, non appare di conseguenza configurabile a suo carico il dovere di inibire, in via generale, un caricamento sulla sua piattaforma “di ogni video, immagini, notizie o articoli riferiti alla persona della ricorrente” essendo, invece, possibile impedire, nell’ottica del dovere di controllo “successivo” (perché preceduto da una denuncia in cui sono stati individuati gli URL o i LINK dal contenuto lesivo) e “mirato” (perché diretto a impedire nuovi caricamenti degli URL o dei LINK già segnalati), il solo nuovo caricamento degli stessi specifici links comunicati, ovvero, dei links 1. www.facebook.com/tiziana.cantone.bravo; 2. www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984; 3. www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che-fa-cose/1504523263139513; 4. www.facebook.com/pages/Tiziana-cantone/1596244927292651 piuttosto che del contenuto degli stessi per le ragioni ampiamente esposte;

— che, in relazione alla sola eventuale violazione di detto ultimo obbligo — impedire il solo nuovo caricamento degli stessi quattro links comunicati e non del relativo contenuto — può altresì ritenersi applicabile lo strumento di coercizione di cui all’art. 614 *bis* c.p.c. nella misura indicata dal Giudice della cautela, ritenuta congrua, anche nel *quantum*, dal Collegio in considerazione degli interessi coinvolti;

— che, in definitiva, il reclamo va parzialmente accolto con conseguente modifica dell'ordinanza resa in data 10.08.2016 dal Tribunale di Napoli Nord, in composizione monocratica — dott.ssa Monica Marrazzo — a definizione del procedimento iscritto al n. R.G. 6312/2015, nel senso che vada ordinata a Facebook l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network dei links specificamente indicati, ovvero 1. *www.facebook.com/tiziana.cantone.bravo*; 2. *www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984*; 3. *www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che-fa-cose/1504523263139513*; 4. *www.facebook.com/pages/Tiziana-cantone/1596244927292651*, nonché impedito l'ulteriore caricamento sulla piattaforma Facebook dei medesimi sopra citati links e non dei relativi contenuti, fissando in € 100,00 la somma dovuta alla reclamata ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. per ogni violazione o inosservanza dell'ordine che precede, nonché per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento, a decorrere dal 10° giorno successivo alla comunicazione della presente ordinanza e fino al limite massimo complessivo di euro 10.000,00;

ritenuto:

— che a seguito della riforma sia pure parziale dell'ordinanza reclamata, occorra procedere ad un nuovo regolamento delle spese processuali quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, dato che l'onere di esse va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite (cfr., in materia di appello, Sez. L, *Sentenza n. 18837 del 30/08/2010*; nel senso che la valutazione della soccombenza, ai fini della regolazione del carico delle spese, debba essere complessiva e globale si veda, tra le tante, anche Cass. civ. Sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22808; Cass. 23 agosto 2011, n. 17523; Cass. 11 giugno 2008, n. 15483; Cass. 7 luglio 2006, n. 15557; Cass. 7 gennaio 2004, n. 58);

— che le spese di lite della doppia fase debbano essere regolate in applicazione del principio della prevalente soccombenza dell'originaria resistente Facebook Ireland LTD venendo peraltro in rilievo anche un'ipotesi di parziale soccombenza reciproca (cfr., tra le tante, Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza n. 3438/16 depositata il 22 febbraio, per la quale la reciproca soccombenza che giustifica la possibile applicazione della regola della totale o parziale compensazione delle spese di giudizio, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c.p.c., va ravvisata sia in ipotesi di pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate, che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti, sia in ipotesi di accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, tanto allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri, quanto laddove la parzialità dell'accoglimento sia meramente quantitativa e riguardi una domanda articolata in un unico capo) — ravvisabile, a seguito dell'accoglimento di uno (dei tre) motivi di reclamo, nell'accoglimento solo parziale della pretesa azionata in sede cautelare nei termini sopra evidenziati;

— che, pertanto, debba ritenersi giustificata, ex art. 92, comma 2, c.p.c., una parziale compensazione delle spese di lite per entrambe le fasi di giudizio nella misura di 1/3 mentre, per i restanti 2/3, le stesse debbano essere poste a carico della reclamante, nella misura indicata in dispositivo (sul potere-dovere del giudice dell'impugnazione di rinnovare totalmente,

anche d'ufficio, il regolamento delle spese alla stregua dell'esito finale della causa *ex art.* 336 c.p.c. — c.d. effetto espansivo della pronuncia resa in sede di impugnazione — si veda Cassazione, Sez. 3, Sentenza n. 4887 del 14/03/2016; Sez. 1, Sentenza n. 20289 del 09/10/2015; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 23226 del 14/10/2013; Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 8919 del 04/06/2012; Cassazione civile, Sezione seconda, 2 aprile 2012, n. 5249; Cassazione Civile, sez. II, sentenza 25/09/2012 n. 1630; Cass. n. 19880 del 2011; Cass. n. 18837 del 2010; Cass. n. 7486 del 2006; Cass. n. 4778 del 2004; Sez. 2, Sentenza n. 5497 del 17/04/2002 secondo cui “In tema di spese processuali, quando il giudizio si articola in più fasi o gradi, se la sentenza conclusiva del giudice d'appello o del rinvio riforma anche parzialmente quella pronunziata in primo grado, l'effetto si estende alla statuizione relativa alle spese processuali, con la conseguenza che detto giudice ha il potere di rinnovare totalmente la regolamentazione delle spese, considerando l'esito complessivo della lite”) e in applicazione dei parametri medi di cui al DM 55/2014 per le controversie di valore indeterminabile di media complessità, con distrazione, avuto riguardo alla sola fase del reclamo, in favore degli Avv.ti Andrea Orefice, Massimo Melica e Andrea Imperato, dichiaratisi procuratori anticipatari *ex art.* 93 c.p.c.;

P.Q.M. — Il Tribunale di Napoli Nord, in composizione collegiale, così provvede:

— accoglie parzialmente il reclamo e, per l'effetto, a modifica dell'ordinanza resa in data 10.08.2016 dal Tribunale di Napoli Nord, in composizione monocratica — dott.ssa Monica Marrazzo — a definizione del procedimento iscritto al n. R.G. 6312/2015, ordina a Facebook Ireland Ltd, in persona del l.r.p.t. l'immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network dei links di seguito specificamente indicati, ovvero: 1. www.facebook.com/tiziana.cantone.bravo; 2. [www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi TORNA/472583122895984](http://www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-sei-tutti-noi-TORNA/472583122895984); 3. www.facebook.com/pages/Tiziana-Cantone-che-fa-cose/1504523263139513; 4. www.facebook.com/pages/Tiziana-cantone/1596244927292651, nonché di impedire l'ulteriore caricamento sulla piattaforma Facebook dei medesimi links, fissando in € 100,00 la somma dovuta alla reclamata ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c. per ogni violazione o inosservanza dell'ordine che precede nonché per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento a decorrere dal 10° giorno successivo alla comunicazione della presente ordinanza e fino al limite massimo complessivo di euro 10.000,00;

— compensa nella misura di 1/3 le spese della doppia fase di giudizio, condannando Facebook Ireland Ltd, in persona del l.r.p.t. al pagamento, nei confronti di Teresa Giglio, nella spiegata qualità, dei residui 2/3 delle dette spese e competenze professionali che si liquidano, per il giudizio di prima istanza in € 220,00 per esborsi ed in € 4.500,00 per compensi professionali e, per il presente grado, in € 3.000,00 per compensi professionali, con distrazione di questi ultimi in favore degli Avv.ti Andrea Orefice, Massimo Melica e Andrea Imperato, dichiaratisi procuratori anticipatari *ex art.* 93 c.p.c., il tutto oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

LA RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME ON-LINE (IL CASO ROSANNA CANTONE)

bilità degli *internet service provider* (ISP) — appare di grande interesse per tre ordini di ragioni.

In primis essa ha ritenuto direttamente applicabile al caso di specie la disciplina di cui all'art. 16 del D. Lgs. 70/2003, non qualificando, quindi, l'attività del *social network Facebook* quale corrispondente a quella di un *hosting provider* attivo. Si tratta, quindi, di una pronunzia in contrasto con quel consolidato orientamento giurisprudenziale che ha, in molti casi simili, ricondotto l'attività svolta dalle piattaforme internet di tipo 2.0 a tale categoria dogmatica di formazione giurisprudenziale¹.

L'ordinanza in analisi, poi, si caratterizza per aderire all'orientamento giurisprudenziale che ritiene responsabile l'*hosting provider* (passivo) ogni qualvolta — messo a conoscenza dell'illegittimità di un contenuto da una comunicazione del soggetto danneggiato — non provveda prontamente alla rimozione del contenuto illecito. Nel caso di specie, il Tribunale di Napoli giunge a tale conclusione sulla scia della considerazione che “*non appare condivisibile l'opinione sostenuta da parte reclamante secondo cui sussisterebbe un obbligo di rimozione solo laddove intervenga un ordine dell'autorità*” essendo invece rilevante “*una conoscenza acquisita aliunde, magari in modo specifico e qualificato, come nel caso di denuncia del soggetto cui l'attività o l'informazione si riferisce*”².

Da ultimo, la pronunzia in analisi appare di estremo interesse per aver rigettato le istanze della ricorrente, lesa dai contenuti caricati su di alcune pagine Facebook, volte alla condanna della piattaforma di *social network* ad un obbligo di filtraggio preventivo finalizzato ad impedire la pubblicazione “*di ogni video, immagini, notizie o articoli riferiti alla persona della ricorrente*” essendo, invece, secondo il Tribunale partenopeo possibile esclusivamente impedire, “*nell'ottica del dovere di controllo successivo (perché preceduto da una denuncia in cui sono stati individuati gli URL o i LINK dal contenuto lesivo) e mirato (perché diretto a impedire nuovi caricamenti degli URL o dei LINK già segnalati), il solo nuovo caricamento degli stessi specifici links comunicati*”³.

Tre profili che appaiono di assoluto interesse, si diceva, perché si inseriscono in una complessa evoluzione delle categorie dogmatiche defi-

1. I TEMI POSTI DALL'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI NAPOLI

L'ordinanza del Tribunale di Napoli in commento — che si colloca in un momento di intensa riflessione a livello dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsa-

¹ Si veda per tutto in tema la sentenza Tribunale Milano, 07/06/2011, n. 7680 in questa Rivista 2011, 4-5, 660 ove, dopo la qualificazione del servizio fornito da una piattaforma di *video sharing* quale servizio di *hosting* attivo la corte meneghina ha avuto modo di affermare che “*tale particolare figura di prestatore di servizi si pone ben al di là della mera fornitura all'utente di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di*

un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi e si deve altresì concludere per l'inapplicabilità alla convenuta della disciplina prevista dall'art. 16 D.Lgs. 70/03 — che la stessa Direttiva 2000/31/CE configurava tra le deroghe e limitazioni alle ordinarie forme di responsabilità”.

² Così l'ordinanza in commento.

³ Così l'ordinanza in commento.

nite dal D. Lgs. 70/2003 che si colloca, più generalmente, nell'ambito di una più ampia rivoluzione dei sistemi di comunicazioni e dei modelli di *business* sottesi alle piattaforme di tipo 2.0.

2. L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'HOST PROVIDER NEL CONTESTO DEL WEB 2.0: LE OPPOSTE TENDENZE INTERPRETATIVE IN ATTESA DI UNA NUOVA ORGANICA DISCIPLINA DI SETTORE

Per comprendere appieno il campo, per così dire di frontiera, entro cui si muove l'importante ordinanza in commento, occorrerà, *in primis* delineare gli interessi coinvolti nell'utilizzo delle piattaforme *web 2.0*⁴ attraverso l'analisi di una forma di comunicazione che ormai si appalesa come la più diffusa in internet e che costituisce, al tempo stesso, un fenomeno sociale ed economico innovativo e globale.

La necessità di una preliminare ricognizione del fenomeno economico sotteso all'ordinamento di interessi in materia trova ragion d'essere, innanzitutto, nella necessità di verificare la validità del ricorrente utilizzo, da parte di molte delle sentenze che in giurisprudenza si sono occupate di responsabilità degli ISP, di argomentazioni che rinviano alla diversità economica degli host attivi rispetto a quelli passivi. In altri termini, proprio poiché la comprensione delle attuali dimensioni del diritto vivente in tema di responsabilità degli ISP non può prescindere dalla analisi delle argomentazioni giuridiche che si basano su valutazioni di tipo economico, occorre considerare *in primis* proprio la natura economica del fenomeno delle piattaforme internet.

A medesimi approdi metodologici si giunge, poi, considerando quanto ricorrente sia centrale nelle analisi della dottrina — anche lì dove ha orientato la propria indagine ermeneutica al di là delle metodologie tipiche della *economic analysis of law* — il considerare la relazione che lega l'evoluzione dei rapporti economici alla necessità di una parallela evoluzione del sistema della responsabilità civile degli ISP in sede interpretativa⁵. Sicché, secondo tale insegnamento metodologico, non potrà discutersi di responsabilità di quella particolare categoria di ISP che sono

⁴ L'origine del termine *Web 2.0* è fatta risalire allo *speech* di Tim O'Reilly alla *Web 2.0 conference* del 2004. Tale autore definisce il *Web 2.0* come la rivoluzione commerciale nel settore informatico dovuta al passaggio ad *internet* come piattaforma. La principale regola del *web 2.0* consiste nel costruire delle applicazioni di rete che migliorano quando vengono usufruite dagli utenti. Più le persone utilizzano queste applicazioni più queste migliorano. Sul punto si veda T. O'REILLY, *What is Web 2.0? Design patterns and business models for the next generation of software*, 2005, reperibile in www.oreillynet.com/lpt/a/6228. Cfr. anche Id., *Web 2.0 Compact Definition*, in <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html>, ove si dà la seguente definizione "*Web 2.0 is the network as platform, spanning all connected*

devices; Web 2.0 applications are those that make the most of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an "architecture of participation," and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences.

⁵ Sul punto si veda R. BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in *Manuale di diritto dell'informatica* a cura di D. Valentino, Napoli, 2016, p. 539 ove afferma che "*il paradigma della responsabilità civile, ed al suo interno la stessa individuazione del fatto illecito, ha, nel tempo modificato i suoi tratti caratteristici*

le piattaforme 2.0 senza prima effettuare una sintetica ricognizione del fenomeno economico sotteso a tale forma di interazione sociale tra privati.

Molti studi, infatti, dimostrano come le strutture stesse dei modelli di *business* sottesi al successo economico delle piattaforme del web 2.0 siano radicalmente differenti rispetto a quelli coevi all'emanazione della Direttiva CE 31/2000⁶ e come, di conseguenza, per un verso si sia arricchita la casistica degli illeciti della rete e, per altro, si siano modificate le modalità di concreta lesione della reputazione⁷, della privacy⁸ o del diritto d'autore⁹ realizzate per il tramite di tali piattaforme.

In altri termini, poiché le odierne condizioni e dinamiche di mercato appaiono radicalmente mutate, rispetto al momento di entrata in vigore delle disposizioni nazionali di recepimento della Direttiva 31/2000, deve considerarsi aperto lo spazio per un concreto ripensamento, anche in via interpretativa, della natura e della funzione di quei *safe harbors* per gli ISP che erano stati il cardine della disciplina comunitaria.

In origine, infatti, come è stato notato, le esenzioni responsabilità degli intermediari previste dalla Direttiva 31/2000 erano state introdotte con la specifica finalità di promuovere un mercato di Internet emergente¹⁰ mentre oggi ci si può interrogare se gli quei porti sicuri per lo svolgimento dell'attività dell'intermediario della rete un tempo considerati essenziali possano svolgere realmente un ruolo di propulsione all'innovazione ed all'economia o se — anche in una prossima prospettiva di revisione della disciplina di settore — non sia più corretto immaginare modalità diverse di funzionamento del regime della responsabilità aquiliana in internet,

a seconda del tipo di economia e di sviluppo tecnologico della società". Sul punto si veda anche E. TOSI, voce "Responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider" in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, X aggiornamento, Torino, 2016.

⁶ In argomento si veda S. SICA-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 2012, 2717; G.M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2010, 865; S. SICA, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, 505; T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "autocomplete"*, in *Dir. inf.*, 2012, 1210; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. merito*, 2013, 2584; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli internet service provider*, in *Consultaonline.it*; C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in questa *Rivista*, 2010, p. 617 ss..

⁷ Si vedano in tema le considerazioni di A. ROBERTO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza "Delfi AS contro Estonia"* (Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. I 10 ottobre 2013) in questa *Rivista*, 2014, fasc. 2, pagg.

242-254, specialmente p. 245 ove si evidenzia come l'evoluzione della creazione dei contenuti attraverso il paradigma UCG (*users content generator*) produca una nuova fenomenologia della lesione dell'altrui reputazione.

⁸ In tema si veda F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal "Safe Harbour" al "Privacy Shield")* in *Riv. dir. Inter.*, 2016, fasc. 3, 690.

⁹ Sulla lesione del diritto d'autore in Internet, cfr E. TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet service Providers*, in *Diritto degli audiovisivi*, a cura di F. Bassan-E. Tosi, Milano, 2012.; V. DE SANTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, Milano, 1999; A.M. GAMBINO-V. FALCE (a cura di), *Tra scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009; P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Providers per violazione del diritto d'autore*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 252 e segg.

¹⁰ Sul punto si veda R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 115 ss.

anche in relazione alle diverse declinazioni dei modelli di *business* sviluppati dalla rete ed ai molteplici diritti di natura morale o strettamente patrimoniale che possono essere lesi per il tramite delle piattaforme 2.0.

In questo contesto di innovazione delle dinamiche sociali ed economiche che non ha ancora trovato risposte sul piano giuspositivo non giungono inaspettati tentativi giurisprudenziali di adattamento interpretativo della disciplina contenuta nella Direttiva 31/2000, poi recepita in Italia con il D.lgs. 70/2003, con il fine di trovare efficienti forme di regolazioni a fronte di nuove forme di organizzazione economica.

Così le scelte ermeneutiche delle corti di merito — che di tale necessità di un nuovo ordinamento di interessi sono il frutto — in mancanza di un solido appiglio normativo, appaiono oscillare tra la creazione tutta giurisprudenziale di categorie dogmatiche (quella dell'*host provider attivo* è la più evidente¹¹) e la formalizzazione, alle volte dubitativa ed alte più esplicita e stringente, di obblighi proattivi gravanti sugli ISP di repressione degli illeciti in rete¹².

¹¹ Sulla genesi della figura dell'*host provider attivo* si veda per tutti E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider — passivi e attivi — tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. di Dir. Ind.*, 2017, fasc. 1, pag. 75. Si confronti anche L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del “provider” “attivo”?* *Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’“hosting provider”*, Nota a App. Milano sez. I civ. 7 gennaio 2015 in *Resp. civ. prev.*, 2015, fasc. 4, p. 1261, il quale nota come quella dell'*hosting provider attivo* sia “una figura atipica, di costruzione giurisprudenziale prettamente italiana, seppur ispirata da quelle pronunce con le quali la Corte di Giustizia europea aveva chiarito come l’applicabilità del regime di responsabilità agevolata, previsto dalla Direttiva 2000/31, sia subordinata al carattere neutro e meramente tecnico dell’attività resa in concreto dal fornitore di servizi”. Il medesimo autore in merito sottolinea che “il mutamento nella tipologia dei servizi offerti dagli *hosting provider* ed il ruolo centrale assunto dai motori di ricerca costituiscono inequivocabilmente dei dati di fatto, visto che si è passati da una attività di mera memorizzazione, ad una dimensione che giustamente è stata definita maggiormente partecipativa, in quanto prevede un apporto del provider all’organizzazione dei contenuti immessi dagli utenti, mediante indicizzazioni e correlazioni tra le informazioni, sino a giungere a forme di «sistemazione» e selezione del materiale trasmesso dagli utenti che prevedono contrattualmente il diritto del provider di intervenire sui contenuti da loro immessi, an-

che modificandoli e/o adattandoli” In tema si vedano anche ID, *Evoluzione dei servizi di “hosting provider”, conseguenze sul regime di responsabilità e limite dell’attuale approccio “case by case”*, Nota a ord. Trib. Milano sez. I civ. 25 maggio 2013 in *Resp. civ. prev.*, 2013, 6, 1997; L. 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*, Nota a ord. Trib. Roma 11 febbraio 2010 in questa *Rivista*, 2010, 2, 278. La sentenza che ha segnato un ripensamento della figura del *host provider attivo* è Corte d’Appello di Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Corriere giuridico*, 2016, fasc. 6, 823, secondo cui “deve ritenersi che, ragionando sulla base delle argomentazioni contenute nelle decisioni delle Corti europee, tutte nel senso sopra riferito, la nozione di *hosting provider attivo* risulti oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di ospitalità in rete in cui il prestatore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall’utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore”.

¹² Tra le sentenze che hanno escluso la possibilità di disporre ordini di filtraggio gravanti sull'*hosting provider* si veda Tribunale Roma 15 luglio 2016, inedita, secondo cui “in tema di *hosting attivo*, inammissibile l’imposizione in capo all’ISP di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale che riguardino tutte le comunicazioni elettroniche che transitano sui suoi servizi, di tutta la sua clientela, a titolo preventivo e a

Il quadro fin qui delineato di un mercato in cerca di regole, del resto, appare coerente con la prospettiva di approccio che recentemente è stata descritta dalla Commissione Europea che, nella propria proposta per una “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”¹³.

Con detto documento — che ha come obbiettivo primario mettere in campo iniziative di armonizzazione volte alla creazione “un mercato unico del digitale connesso”¹⁴ — la Commissione ha preannunciato la volontà di proporre un complesso intervento che prevede non solo la riforma della normativa in tema di *copyright* al fine di “abbattere le barriere che bloccano l’attività online attraverso le frontiere” ma anche l’introduzione di obblighi più stringenti per gli intermediari di internet ed il coinvolgimento di tali soggetti proprio in una lotta proattiva contro i contenuti illegali di terze parti¹⁵.

In particolare, la Commissione intende affrontare, di qui a poco, il nodo relativo ad un nuovo impianto di regole di responsabilità, che dovrebbero essere applicate *in primis* alle piattaforme *on-line*, valutando

sue spese esclusive e senza limiti di tempo e, quindi, una sorta di obbligo generale di sorveglianza, in quanto causerebbe una grave violazione della libertà d’impresa perché l’obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso e permanente, dovendosi garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d’autore e quelli della libertà d’impresa appannaggio degli ISP in forza dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.” In senso conforme Corte Appello Milano, 7 gennaio 2015, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, II, 4. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE si vedano Corte giustizia UE, sez. III, 16 febbraio 2012, n. 360 in questa *Rivista*, 2012, 2, 272 (con nota di P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*) che ha, per un verso, ritenuto inammissibile l’imposizione in capo all’ISP di sistemi di filtraggio generalizzati e preventivi dei contenuti digitali non escludendo, invece, l’ammissibilità di obblighi di filtraggio specifici e successivi. In senso analogo si è mossa anche la sentenza della Corte di Giustizia UE 27 marzo 2014, caso UPC c. Telekabel, secondo cui “i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell’Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, con un’ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso ad Internet di concedere ai suoi abbonati l’accesso ad un sito Internet che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d’accesso deve adottare e quest’ul-

timo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli, a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall’altro, che tali misure abbiano l’effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare”. Sostiene invece l’ammissibilità, in sede di tutela giurisdizionale, dell’“inibitoria di ogni nuovo caricamento illecito futuro dello stesso contenuto già oggetto di diffida stragiudiziale specifica — mediante l’uso delle misure tecniche (c.d. *fingerprinting*) disponibili per l’identificazione dei contenuti illeciti caricati — [...], con l’indicazione del relativo URL, in quanto attività di ricerca attuativa della diffida predetta” la pronuncia del Tribunale Torino, 19 dicembre 2015, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 1, II, 8. *Contra* si veda la recente Corte Appello Roma, 29 aprile 2017, n. 2833, inedita.

¹³ Cfr. COM(2015) 192 del 6.5.2015

¹⁴ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 Vers. finale del 6 maggio 2015, nell’introduzione di Jean Claude Juncker

¹⁵ *Ibidem*.

l'“opportunità d'imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi”¹⁶.

Del resto, è il contesto in cui tale riforma del sistema della responsabilità degli ISP dovrà attuarsi ad apparire assai complesso perché, come nota la stessa Commissione, nel settore in cui operano le piattaforme 2.0 è difficoltoso il bilanciamento degli interessi economici dei produttori di contenuti, delle società che gestiscono le piattaforme con diritti e libertà civili degli utenti e delle terze parti. In altri termini, poiché “*via via che aumentano i contenuti digitali disponibili su internet saranno sempre più messe alla prova le modalità operative attuali*” — e ciò in quanto “*non sempre è facile tracciare il limite dell'intervento che gli intermediari possono operare sui contenuti che trasmettono, conservano o ospitano, oltre il quale perdono il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità previsto dalla direttiva sul commercio elettronico*” — sorge la “*necessità di presentare nuove misure per contrastare i contenuti illeciti su internet, tenendo debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione*”¹⁷.

Gli interrogativi di fondo della dottrina e della giurisprudenza nazionale ed europea *de iure condito*¹⁸, risultano quindi del tutto speculari ai temi di intervento identificati dalla Commissione europea *de iure condendo*, sicché, epurata ogni considerazione dalle preoccupazioni protezionistiche europee che in parte erano state alla base della disciplina della Direttiva 31/2000, l'attuale riflessione intorno al tema della responsabilità degli intermediari di *internet* appare definirsi non solo nell'orizzonte delle modalità di contemperamento di interessi economici contrapposti di cui *internet service provider*, *content provider* e terzi sono portatori, ma anche nell'alveo della necessità di combinare il fenomeno economico delle piattaforme 2.0 con il rilievo sociale e politico — e quindi anche di diritto pubblico — che l'accesso alle comunicazioni *on line* oggi ha assunto¹⁹.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. Corte eur. Dir. Uomo sez. I 10 ottobre 2013 (Delfi c. Estonia) in questa *Rivista*, 2014, fasc. 2, p. 242 (con nota di R. ALMA, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza “Delfi AS contro Estonia”*) ove si afferma, al punto 101, che “*the Court notes at the outset that user-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression. That is undisputed and has been recognised by the Court on previous occasions. However, alongside these benefits, certain dangers may also arise. Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online. These two conflicting realities lie at the heart of this case. Bearing in mind the need to protect the values underlying the Convention, and considering that the rights under Article 10 and*

8 of the Convention deserve equal respect, a balance must be struck that retains the essence of both rights. Thus, while the Court acknowledges that important benefits can be derived from the Internet in the exercise of freedom of expression, it is also mindful that liability for defamatory or other types of unlawful speech must, in principle, be retained and constitute an effective remedy for violations of personality rights.”. In tema si veda anche O. POLLICINO, *op. ult. cit.*, pp. 27. In tema si veda anche la recentissima pronunzia Corte Europea Diritti dell'Uomo, sez. III, sentenza 09/03/2017 n. 74742-14, Meritano di essere richiamate le riflessioni V. ZENO-ZENCOVICH, *Il “diritto ad essere informati” quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 1 ss.

¹⁹ Si noti come il tema del rapporto tra obbligo di rimozione gravante sull'*hosting provider* dei contenuti illeciti segnalati dall'utente e libertà di espressione era già in nuce presente nella stessa direttiva 31/2000 lì dove nel 46° considerando si afferma che

Problemi, quelli, sinteticamente delineati postulano un necessario approfondimento degli interessi economici sottesi alle principali forme di interazione economiche e sociali tra *content provider*, piattaforme, utenti e terze parti.

3. IL MODELLO DI BUSINESS DELLE PIATTAFORME 2.0.

Il modello di *business* che accumuna la quasi totalità delle piattaforme *on line* può essere descritto come una sapiente combinazione del tradizionale *advertising* con tre fattori resi possibili dalle nuove tecnologie e dallo sviluppo di reti sempre più veloci e performanti: la possibilità per gli utenti di essere al tempo stesso fruitori e produttori di contenuti; la possibilità di aggregare ed organizzare in unico *canale* delle piattaforme la miriade di contenuti che continuamente viene generata dalla massa degli utenti; la possibilità di targettizzare con estrema precisione i fruitori delle piattaforme tramite i dati personali dagli stessi forniti in sede di iscrizione.

Il primo dei fattori sopra richiamati è definibile come un uso partecipativo del *web* che conduce gli attori della rete internet non solo a godere di contenuti generati da soggetti che svolgono tale attività imprenditorialmente (aziende dell'*entertainment*, *blogger* di professione, testate giornalistiche etc.), ma di beneficiare altresì di contenuti prodotti amatorialmente da altri utenti, definiti anche *prosumer*²⁰.

Come è stato notato da alcuni autori il prosumerismo è una delle categorie fondamentali per osservare il mutamento che la società ha conosciuto nell'ultimo ventennio con l'avvento della nuova forma del web. Al centro della rivoluzione della rete che segna il passaggio dall'internet 1.0 a quella 2.0 vi è, per tali autori, sia una forma di nuova socialità comunicativa e sia un innovativo meccanismo di produzione di contenuti generati dagli utenti²¹.

In tal senso, risulta evidente come i *social media* abbiano cambiato i processi della comunicazione facendo emergere un nuovo tipo di comunicazione la così detta autocomunicazione²².

Quello tipico dei *prosumer*, però, non è solo un fenomeno comunicativo *tout court*. Esso ha un paradigma per così dire economico lì dove si

“per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La 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. La presente direttiva non pregiudica 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.”

²⁰ Il termine *prosumer* è una crasi dei termini *producer* e *consumer*. Come è noto il termine *prosumer* viene introdotto da Alin Toffler nel 1980 (A. TOFFLER, *The third wave*, New York, 1980) per indicare un consumatore che consuma ciò che egli stesso produce.

²¹ Cfr. L. MAZZOLI, (cura di), *Network effect. Quando la rete diventa pop*, Torino, 2009.

²² L'autocomunicazione “è comunicazione di massa perché ha la potenzialità di raggiungere un pubblico globale, come accade quando si posta un video su YouTube, si tiene un blog con link RSS a varie fonti del Web, o si invia un messaggio a una grossa mailing list. Ma è contemporaneamente autocomunicazione perché la produ-

evidenzi come la produzione di contenuti — gratuitamente e liberamente generati dai *prosumer* — costituisca la base di un nuovo modello di *business* basato sull'aggregazione di questi per generare *audience* e veicolare pubblicità.

In tema alcuni autori hanno correttamente evidenziato come nell'economia dell'*advertisement*, l'*audience* è venduta come una vera e propria merce: *“dal momento che il potere dell'audience è prodotto, venduto, acquistato e consumato, esso detta un prezzo ed è una merce [...] voi in quanto membri di un'audience offrite il vostro tempo di lavoro non pagato e in cambio ricevete il contenuto dei programmi e la pubblicità”*²³. Altri hanno evidenziato, d'altro canto, come tale prospettiva sia la migliore per comprendere il reale contenuto dello scambio tra gestori di piattaforme e *prosumer*.

Con l'emergere dell'*user-generated content* e con la capacità dei *software* delle piattaforme di *social network* e dell'altre piattaforme accessibili gratuitamente di aggregare i singoli contenuti dei milioni di *prosumer* che le utilizzano in “canali”, “bacheche” o “profili” individuali, le multinazionali proprietarie delle piattaforme 2.0 riescono a sommare l'*audience* — infinitesimamente piccola se singolarmente considerata — derivante dall'interesse suscitato nel pubblico da ogni singolo *micro contenuto* generato dal *prosumer*, in un unico *macro contenuto* la cui *audience* diventa infinitamente grande poiché consiste nella continua aggregazione di quelle generate dai singoli contenuti di ciascun utente.

Si tratta, a ben vedere, della trasposizione nell'ambito dei modelli di *business* basati sulla pubblicità di quella teoria della “*coda lunga*” che è stata brillantemente individuata come elemento cardine dello sviluppo della *new economy* nell'ultimo ventennio²⁴.

In quest'ottica “*la rete sembra avvicinarsi alle strategie di accumulazione impiegate dal capitale nel caso di mass media tradizionali come la Tv o la radio*” proprio perché “*gli utenti che pubblicano foto, o immagini, che scrivono post e commenti, che mandano mail ai loro contatti, che accumulano amici o navigano i profili di altri utenti su Facebook, costituiscono un pubblico merce da vendere ai pubblicitari*”²⁵.

zione del messaggio è autogenerata, la definizione dei potenziali destinatari è auto-diretta, e il reperimento di specifici messaggi e contenuti del World Wide Web e dalle reti di comunicazione elettronica è autoselezionato”.

Così M. CASTELLS, *Communication Power*, Oxford; trad. it. *Comunicazione e potere*, Milano, 2009, p. 60.

²³ Così D. W. SMYTHE, *On the Audience Commodity and Its Work*, in M. G. Durham, D. M. Kellner (eds.), *Media and Cultural Studies*, Blackwell, Malden, 2009, p. 238 ss.

²⁴ La coda lunga è una teoria economica sviluppata da l'ex direttore di Wired, C. ANDERSON, *La coda lunga*, Milano, 2007. Il concetto alla base della coda lunga è che i negozi fisici possono vendere un numero limitato di prodotti e quindi proporranno

prodotti hit, cioè prodotti che la grande maggioranza dei clienti cerca e compra. Diversamente da questi ultimi e con l'avvento di Internet, i siti e-commerce possono proporre un catalogo potenzialmente infinito di prodotti e quindi soddisfare i bisogni di molteplici nicchie di mercato. La teoria alla base della coda lunga afferma che le vendite aggregate di prodotti di nicchia possono essere redditizie tanto quanto i modelli tradizionali dove i prodotti best seller fanno gran parte dei volumi di vendita. Il modello di business incentrato sulla coda lunga richiede bassi costi di inventario e piattaforme in grado di rendere i contenuti di nicchia facilmente disponibili agli acquirenti interessati.

²⁵ Così C. FUCHS, *La politica economica dei social media* (*The Political Eco-*

Un avvicinamento che, però, conta due radicali differenze che rendono i modelli di business basati sulla pubblicità nel web 2.0 molto più efficienti ed efficaci di quelli basati sui media tradizionali: lì dove gli imprenditori delle televisioni e delle radio sono tenuti a costi di produzione o di acquisizione dei contenuti, le piattaforme 2.0 ottengono tali contenuti gratuitamente attraverso l'attività spontanea dei *prosumer*; mentre la pubblicità sui media tradizionali assume caratteri di limitata targettizzazione, l'online *advertising* può essere molto più efficace perché le piattaforme inglobano, direttamente o indirettamente, meccanismi di profilazione dettagliata degli utenti che consentono campagne pubblicitarie molto più mirate del passato.

In questa prospettiva si comprende la struttura dei *business model* della stragrande maggioranza delle piattaforme *web* attualmente *on line*.

Certo la finalità di aggregazione delle *audience* dei *micro contenuti* a fini pubblicitari risulta più evidente nei *social network* (Facebook, Twitter, LinkedIn) lì dove appare chiara la matrice personale ed autonoma nella produzione degli stessi da parte dell'utente tramite i *post*. Ma a ben vedere il medesimo paradigma economico, seppur con differenti declinazioni, è sotteso non solo alle così dette piattaforme di *sharing* (video *sharing* come Youtube o Vimeo, ma anche *photo sharing* come Instagram o Flickr), ma anche alle così dette piattaforme di valutazione (ad. ss. TripAdvisor²⁶), ed, in parte, agli aggregatori di proposte commerciali (eBay ed Amazon).

In tale ottica, è proprio la propensione — tipica del modello di *business* in analisi — alla trasformazione in *audience*, ogni contenuto capace di generare attenzione del pubblico a generare a sua volta una commistione tra sfera di interessi economici privati — quelli dei proprietari delle piattaforme 2.0, ma anche quelli personali alla privacy, all'immagine ed alla reputazione — e sfera degli interessi pubblicitari alla libera comunicazione tra i consociati. Quello in analisi è, cioè, un processo economico che, assorbendo a fini pubblicitari in piattaforme private il dialogo e l'espressione libera dei cittadini produce una mercificazione di ogni interazione comunicativa: tanto quella di elevato valore sociale, quanto quella dell'insignificante e quotidiano chiacchiericcio, quanto, infine quella che genera lesione delle sfere giuridiche altrui.

Quanto in particolare alle piattaforme di *video sharing* — che appaiono più spesso al centro di procedimenti giurisdizionali — andrà precisato come la possibilità di consentire ai *prosumer* di pubblicare, condividere e visualizzare video che è tipica di queste piattaforme, con il tempo abbia generato un fenomeno di produzione dei contenuti da parte degli utenti non solo di carattere autonomo ed originale, ma anche frutto

onomy of Social Media), in *Sociologia della Comunicazione*, 2012, 43, p. 62.

²⁶ Si veda in merito le conclusioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 19 dicembre 2014 relativa alle segnalazioni pervenute da parte dell'Unione Nazionale Consumatori, della Federazione delle Associazioni Italiane Alberghi e Turismo e di un agriturismo nei confronti di TripAdvisor LLC (i cui prov-

vedimenti sono stati recentemente annullati dalla sentenza del T.A.R. del Lazio 13 luglio 2015, su www.giustizia-amministrativa.it.) soprattutto ai punti 27-29. In tema si veda anche la pronunzia del Tribunale di Venezia, ord., 24 febbraio 2015, in *Corr. Giur.*, 1, 2016, 78 (con nota di R. GELLI, *False recensioni su "Tripadvisor": accolta l'azione inhibitoria promossa dal ristoratore diffamato*)

dello combinazione delle altrui opere artistiche con contenuti originali (*remix*)²⁷ nonché di vero e proprio integrale abusivo spoglio e condivisione di contenuti audio/video prodotti da terze parti (tv e media tradizionali, artisti, imprese di *entertainment*) e coperti dal diritto d'autore.

Così le piattaforme come Youtube hanno aggiunto alla categoria del *prosumer* di contenuti propri, quella degli utenti che sfruttano la piattaforma per condividere file video/audio in violazione delle norme del *copyright*. Inutile sottolineare come tale attività, seppur osteggiata dalla società proprietaria della piattaforma, abbia finito con arricchire indirettamente Youtube che nel meccanismo di aggregazione di *micro contenuti* si è trovata anche ad aggregare contenuti capaci di *audience* considerevoli i cui diritti di sfruttamento erano detenuti da terzi²⁸.

4. NUOVI E VECCHI ILLECITI PER MEZZO DELLE PIATTAFORME ON LINE

Compresa così la natura economica delle piattaforme 2.0, potrà facilmente notarsi come sia stato proprio a causa della tendenza delle piattaforme di aggregare e sfruttare a fini commerciali contenuti generati dagli utenti o sempre dagli stessi, per così dire, sottratti a terzi e socializzati in rete che, negli ultimi cinque anni, si sia registrata, nell'ambito delle controversie relative alla responsabilità extracontrattuale in internet, una sostanziale attrazione del contenzioso e delle pronunce giurisprudenziale verso i due distinti poli della lesione dei diritti d'autore e della violazione dei diritti della personalità²⁹.

Questi due ambiti, infatti, appaiono quelli più idonei a catturare grandi *audience* ed al tempo stesso risultano quelli più capaci di generare condotte idonee a ledere l'altrui sfera giuridica.

²⁷ Sul punto si veda L. LESSIG, *Remix. Il futuro del copyright (e delle nuove generazioni)*, Milano, 2009.

²⁸ Si vedano in tema gli approdi della recente indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCOM) dal titolo "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" secondo cui "la pirateria online di contenuti video è un fenomeno emergente, probabilmente con prospettive limitate d'incremento, se teniamo conto di due tendenze: la diffusione dello streaming (come modalità di utilizzo preferenziale) e l'interattività sempre maggiore offerta da contenuti video online presuppongono entrambe un collegamento server-client, dunque meno "attaccabile" in termini di pirateria. In effetti, l'evoluzione della tecnologia sta influenzando i comportamenti degli utenti in rete; si sta passando da un concetto di rete come semplice "veicolo di contenuti" (che venivano poi conservati sui computer dei diversi utenti) a una visione della rete come "contenitore" di materiale audiovisivo. L'utente che dispone di un accesso a Internet costante ed affidabile, trova essenzialmente più pratico usufruire

immediatamente dei contenuti in rete (la cosiddetta *experienown*), piuttosto che scaricarli (*download*) sul proprio dispositivo, e poi fruirne (la cosiddetta *experience-later*). La maggiore praticità dello streaming è dovuta sia alle minori esigenze di spazio sul proprio dispositivo (si tenga conto che lo streaming dei siti è spesso ottimizzato anche per i terminali *handset*), sia alla maggiore efficienza di indicizzazione (ovvero è più facile reperire un contenuto tramite una ricerca su Internet, che cercando tra le varie cartelle di un computer)".

²⁹ Volendo prendere in via esemplificativa il numero di segnalazioni rivolte da utenti ai contenuti della piattaforma Facebook nel periodo dal gennaio al giugno 2016 al luglio dello stesso anno sono arrivate a Facebook in Italia, 1872 richieste per questioni legali per un totale di 2836 account segnalati. Per questi casi, la percentuale di richieste per le quali sono stati rilasciati alcuni dati è del 56.09% mentre solo in 11 casi sono state disposte dall'autorità giudiziaria forme di restrizione all'accesso dei contenuti diffamatori. I dati possono essere reperiti all'URL <https://govtrequests.facebook.com/country/Italy/2016-H1/>

Eppure se la spinta alla revisione della regolamentazione della responsabilità degli ISP in principio appariva prevalentemente legata alla necessità di consentire regole di tutela del diritto d'autore — e cioè veniva per lo più alimentata da rivendicazioni patrimoniali a cui si contrapponeva spesso una certa retorica della libertà delle comunicazioni internet — sempre più spesso, più di recente, hanno acquistato maggiore rilevanza, tra i nuovi illeciti di internet, quelle condotte capaci di cagionare danni alla persona (*privacy*, onore, reputazione, vita di relazione etc.)³⁰.

Si tratta, di una nuova e più allarmante dimensione del contrasto tra interessi contrapposti dei soggetti agenti della rete perché lì dove, nella lesione del diritto d'autore tramite piattaforme 2.0, era possibile avvertire la diversità di consistenza tra la minaccia agli interessi patrimoniali ed un rischio di limitazione delle libertà espressive degli utenti tale da giustificare l'esistenza dei *safe harbours* previsti dalla Direttiva 31/2000 anche in chiave di protezione delle libertà di espressione tramite la rete, nei casi speculari a quello in commento di cui si è occupata la giurisprudenza si intuisce come più difficoltoso possa essere il bilanciamento tra il diritto generale degli utenti ad una libera espressione e l'imprescindibile tutela dei diritti della personalità di ciascuno.

Quest'ultimo profilo in analisi appare certamente l'aspetto più delicato perché relativo alla lesione dei diritti tramite la rete. Il bilanciamento tra diritti della personalità e quelli d'espressione³¹, infatti, oggi trova nuove forme di criticità alla luce della moltiplicazione dei canali di diffusione e condivisione dei contenuti lesivi e, al tempo stesso, è influenzato dall'incredibile velocità con cui la circolazione e diffusione virale delle informazioni può avvenire in rete, talché più che di una società basata su nuovi media d'informazione, quella che lo sguardo del giurista attraversa, pare potersi definire come società della comunicazione *in-mediata*, cioè priva di mediazioni.

Le nuove frontiere della lesione dei diritti della personalità così si popola di nuove forme di lesività fino a ieri del tutto ignote. *Porn revenger*, *cyberbulli*³², *heaters*, *trolls* e *shitstormers*³³, sono solo alcuni

³⁰ Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014. Per una rassegna dei principali orientamenti si veda di E. FALLETTI, *I social network: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2015, 992. Sulle possibilità di lesione dei diritti non patrimoniali: D. AMRAM, *Spunti per nuovi studi in materia di danno alla persona nel cyberspazio*, in *Danno e responsabilità*, 2016, fasc. 5, 524; D. LA MUSCATTELLA, *Libertà d'espressione in rete e tutela penale della reputazione digitale (Freedom of expression on the Net and the protection of digital reputation given by the criminal justice system)* in *Cyberspazio e diritto*, 2015, fasc. 1, 113.

³¹ In tema si veda F. RESTA, *La rete e le utopie regressive (sulla conclusione del caso Google/Vividown)*, nota a Cass. sez. III pen. 3 febbraio 2014, n. 5107 in questa *Rivista*, 2014, fasc. 2, 237 ss.; F. VECCHIO,

Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo, nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. I 10 ottobre 2010 (Delfi AS c. Estonia) in questa *Rivista*, 2014, fasc. p. 1, p. 43 ss.; F. ZANI, *Il difficile bilanciamento fra tutela della libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza nell'era dei "social network"* (A proposito della sentenza n. 19712/2014 della Prima sezione penale della Corte di Cassazione), nota a Cass. sez. I pen. 16 aprile 2014, n. 16712, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, fasc. 2, p. 9.

³² Mentre ormai il fenomeno del *cyberbullismo*, anche dopo le vicende legate alla vicenda processuale Google/Vividown, è ormai ampiamente conosciuto, alcuni cenni vanno dedicate alle altre forme di illecito richiamate. Il caso Cantone, di cui la sentenza in commento trae spunto, viene gene-

dei nuovi protagonisti di uno scenario in cui le possibilità di lesione dell'altrui reputazione, onore, immagine e *privacy* diventano talmente *in-mediate* e virali — ed al tempo stesso talmente difficili da inibire, perseguire e reprimere — da mettere in parte in crisi la granitica certezza che attribuiva al diritto di espressione in ambito telematico il privilegio dell'intangibilità³⁴.

ralmente inquadrato tra i casi di *revenge porn*, anche se i recenti sviluppi del caso nelle sedi penali lasciano presupporre che la sig.ra Cantone fosse consenziente alla divulgazione in rete dei filmati. L'illecito di *revenge porn* consiste nella attività illecita di *ex partner* che pubblicano foto e video di atti sessuali per vendetta. La pubblicazione di dette foto/video in momenti intimi ha come unico scopo quello di creare all'*ex partner* un danno di natura psicologica o morale. Le conseguenze di tali illeciti, non solo psicologiche ma anche sociali, sono spesso devastanti per le vittime, anche per quelle che non arrivano al gesto estremo del suicidio. In alcuni paesi — come in molti stati degli Stati Uniti e Australia — esiste una legge specifica sul *revenge porn* che tutela le vittime. Nel Senate Bill No. 255 della California, ad esempio, il *revenge porn* è definito come “*photographs or records by any means the image of the intimate body part or parts of another identifiable person, under circumstances where the parties agree or understand that the image shall remain private, and the person subsequently distributes the image taken, with the intent to cause serious emotional distress, and the depicted person suffers serious emotional distress*”. Il SB 255 qualifica il *revenge porn* come *disorderly conduct*, ovvero un reato la cui prima infrazione può portare ad una reclusione per un massimo di sei mesi ed una ammenda fino a \$ 1.000. Se la vittima era minorenne al momento in cui la foto è stata scattata, o vi è condanna per una seconda offesa, si rischia fino a un anno di carcere e una multa fino a \$ 2.000. Il 27 settembre del 2016 è stata presentata una proposta di legge (n. 4055 reperibile al link http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0045500.pdf) per la “*Introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale, concernente il reato di diffusione di immagini e video sessualmente espliciti*”. La proposta di legge prevede l'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale, concernente il reato che si manifesta attraverso la pubblicazione via internet di contenuti pornografici, sia fotografici che video, senza l'esplicito consenso dei soggetti interessati. La pubblicazione online di simili contenuti è punita con la reclusione da uno a tre anni e

la pena è aumentata della metà se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa.

³³ Nel contesto della comunicazione tramite web, un “troll” è un utente che, con metodologia volutamente un soggetto che interagisce con gli altri tramite messaggi provocatori, irritanti, fuori tema o semplicemente senza senso, con l'obiettivo di disturbare la comunicazione e fomentare gli animi (la definizione è di F. L. DIAZ, *Trolling & the First Amendment: Protecting Internet Speech in the Era of Cyberbullies & Internet Defamation*, in *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, p. 135). Gli *internet heaters* sono gli utenti che generalmente disprezzano, diffamano o criticano distruttivamente una persona, un lavoro o un concetto in particolare. Il termine *shitstorm*, letteralmente “*tempesta di escrementi*”, indica una forte reazione pubblica degli utenti della rete in cui si mescolino argomentazioni, minacce e insulti, e che prenda corpo soprattutto in rete dopo l'avvento delle piattaforme 2.0. La parola ha, ad esempio, iniziato a ad essere usate sui quotidiani tedeschi in connessione con lo scandalo che ha visto coinvolto l'allora ministro della Difesa tedesco, Karl-Theodor zu Guttenberg, colpevole di aver plagiato la sua tesi di dottorato e per questo motivo costretto alle dimissioni. Oggi la tecnica dello *shitstorm* è praticata da gruppi organizzati tramite le piattaforme 2.0, ma anche esternamente, che sfruttano l'elevato numero di utenti coinvolti per denigrare massivamente una pagina Facebook od un profilo personale su di una piattaforma di valutazione al fine di generare un danno economico e morale ai titolari di detta pagina o profilo. Viene utilizzata, ad esempio, come strumento per denigrare un esercizio commerciale, anche con metodologia estorsiva, su di una delle piattaforme di valutazione presenti sul mercato.

³⁴ In tema ci appaiono esemplari gli approdi di Cassazione civile, Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469 con cui si è stato risolto un contrasto giurisprudenziale in tema di sequestro di testata giornalistica on-line. Il procuratore generale della Cassazione, al

Uno scenario, del resto, ancora fortemente in evoluzione se si tiene presente degli indubbi rischi che le nuove funzionalità di tipo *live streaming* possono generare sistemi ancora più veloci ed imprevedibili di danneggiamento dell'altrui sfera giuridica, tanto con riferimento alle ipotesi di lesione del diritto d'autore quanto in relazione alle fattispecie di violazione della *privacy* o dei diritti della personalità.

Proprio lo sviluppo delle nuove applicazioni di *live streaming*, infatti, pare mettere in evidenza come, almeno sotto il profilo rimediale, si vada acuendo la differenza ontologica che in rete assumono le minacce ai diritti patrimoniali (come ad esempio la lesione del diritto d'autore) e la lesione dei diritti della personalità. Lì dove ancora oggi gli eventi lesivi del *copyright* trovano negli strumenti tecnici e processuali ordinari e cautelari una capacità preventiva e risarcitoria pressoché completa, oggi la possibilità per gli stessi utenti di creare contenuti *live* immediatamente fruibili da un pubblico ormai globale determina una vera e propria

fine assicurare l'esatta e uniforme interpretazione della legge, aveva chiesto, alla Corte di Cassazione se fosse ammissibile l'ordine di cancellazione e/oscureamento di una singola o più pagine di stampa di testate telematiche, attraverso il ricorso all'inibitoria ex art. 700 c.p.c. al fine di elidere l'aggravamento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante dalla pubblicazione online di articoli diffamatori e/o comunque lesivi del decoro della persona giuridica o fisica che sia. La Sezione Unite della Suprema Corte hanno affermato in proposito con la sentenza richiamata che "i contenuti del giornale telematico [...] in quanto tale sono equiparati ai corrispondenti contenuti del giornale tradizionale, ovviamente a parità di presupposti applicativi e mutate esclusivamente le modalità tecniche di realizzazione (o "implementazione")" sicché "i contenuti propri od esclusivi del giornale telematico, cioè resi possibili esclusivamente da questo e non comuni anche alla stampa tradizionale, andranno valutati separatamente e ad essi non potrà allora immediatamente estendersi la conclusione di applicazione di piano della normativa di tutela, di rango tanto costituzionale che sovranazionale ed ordinario, ma dovrà essere ricercata di volta in volta in base ai parametri rilevanti propri della singola fattispecie, eventualmente diversi, a tutto concedere riferiti al solo comma 1 dell'art. 21 Cost. ed al più intenso bilanciamento con gli altri diritti fondamentali della prima parte della Carta fondamentale". Con detta sentenza, la Suprema Corte, per altro verso, dopo aver evidenziato, che "appartiene alla comune esperienza come, da qualche decennio, l'avvento di tecnologie prima impensabili abbia rivoluzionato il modo di vivere e soprattutto di interagire quotidiano non solo della maggior parte degli scambi economici

mondiali, ma anche di una gran parte della vita e delle relative abitudini dei singoli individui; ma è certamente la possibilità di una interconnessione costante — da taluno paragonata a quella neuronale, capace di esaltare esponenzialmente le capacità dei singoli componenti — con una moltitudine virtualmente illimitata di corrispondenti in uno spazio teoricamente privo di barriere, in uno all'immediatezza intesa sia sotto il profilo temporale che dell'assenza di controlli o filtri intermedi, a caratterizzare l'aspetto principale della comunicazione, nel recuperato etimo originario di messa in comune di una mole di informazioni e di dati, assai spesso personali ed anzi personalissimi, che neutralizza ed abbatte la distanza fisica tra gli individui, rendendo teoricamente e spesso praticamente possibile la materializzazione sul singolo dispositivo — a questo punto, ben definibile quale terminale della Rete — personale di un contatto con ogni altro analogo punto nel mondo e il collegamento interattivo con questo, sol che sia da esso consentito" ha avuto modo di evidenziare come "ogni suo istituto tradizionale ed ogni sua trasposizione nel mondo del diritto, sono investiti da questa rivoluzione: e lo è a maggior ragione il settore della comunicazione di notizie e informazioni in senso tradizionale; ma, in attesa che la società prima e, coi suoi consueti tempi, il legislatore poi disciplinino ed irreggimentino in norme più o meno specificamente ad essi destinate le singole mutazioni in atto degli istituti tradizionali, è compito del giurista quello di interpretare il sistema giuridico esistente per verificarne la tenuta ed adattare alla nuova realtà, benché in magmatica evoluzione, gli istituti e le discipline esistenti in coerenza quanto meno coi principi generali o fondamentali che si ritengano di persistente validità".

frustrazione, della capacità sanzionatoria della lesione dei diritti della personalità.

Il carattere quasi istantaneo, virale, globale della forma di comunicazione *live*, oggi nelle mani di qualsiasi utente della rete, porta, in altri termini, a rendere quasi del tutto effimeri gli strumenti processuali anche di natura cautelare, che, al pari della nottola di Minerva di hegeliana memoria, non possono che compiere una mera attività ricognitiva di ciò che già è avvenuto e compiuto senza alcun potere di limitazione di un danno in formazione esponenziale o progressiva.

Uno sviluppo tecnologico che pare, poi, condurre ad un rapido tramonto anche il dibattito — giurisprudenziale e dottrinale — sugli effetti giuridici della notifica relativa ai contenuti illeciti caricati sui server al titolare della piattaforma, di cui si tratterà più avanti, proprio perché la velocità di produzione e fruizione dei consumi tipica del *live streaming* porta, con ogni evidenza, anche al tramonto di logiche normative basate sul controllo *a posteriori* del danneggiato.

5. DALLA DIRETTIVA 31/2000 AL D.LGS. 70/2003: LA CONOSCENZA EFFETTIVA (*ACTUAL KNOWLEDGE*) IN MANCANZA DI PROCEDURE DI NOTIFICAZIONE ED IL RUOLO DELLA “COMUNICAZIONE DELLE AUTORITÀ COMPETENTI”.

Proprio in quest’ottica di evoluzione della tecnologia, del mercato e dell’economia di internet, nonché nella cornice dei nuovi conflitti tra interessi pubblici e privati e dei nuovi illeciti tipici delle piattaforme 2.0, occorre rileggere la portata applicativa odierna delle regole sulla responsabilità dell’ISP e, ci sia permesso di notare, anche cercare di definire, in un’ottica *de iure condendo*, il parziale ritardo nell’aggiornamento normativo di settore: ritardo nel cui ambito si sviluppano le vicende da cui la sentenza del Tribunale di Napoli in commento trae spunto.

È noto come la genesi della disciplina relativa alla responsabilità degli ISP sia rintracciabile nella Direttiva 31/2000 sul commercio elettronico. Detto testo normativo fondava il proprio impianto regolatorio sulla previsione di specifiche esenzioni di responsabilità (*safe harbour provisions*) per le diverse attività di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*), e memorizzazione duratura (*hosting*) di informazioni.

La disciplina comunitaria si articolava come un complesso intervento votato a favorire l’insediamento in Europa di imprese della così detta *new economy* attraverso un sistema di regole sulla responsabilità che garantisse ai fruitori della rete una tutela del tutto residuale, essendo invece garantiti ampi margini di irresponsabilità agli intermediari del commercio elettronico con il fine di “*facilitare la crescita delle imprese europee e, quindi gli investimenti nel settore nonché di rafforzare la competitività dell’industria europea rispetto a quella americana*”³⁵.

La particolare forma di esenzione di responsabilità per il prestatore di un servizio di *hosting* con riferimento alle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio era regolata dall’art. 14, che richiedeva che gli stati membri armonizzassero le proprie legislazioni con

³⁵ R. BOCCHINI, *op. ult. cit.*, 121.

l'obiettivo che l'*hosting provider* si potesse considerare esente da responsabilità qualora "a) non [fosse] effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non fosse al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, [agisse] immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso"³⁶.

Precisava poi l'art. 15 della direttiva che, nella prestazione dei propri servizi nessun *provider* potesse essere gravato né di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettevano o memorizzavano, né di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indicassero la presenza di attività illecite.

Diversamente veniva attribuita facoltà agli Stati membri di stabilire, in capo ai *providers*, un obbligo di informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o di comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentissero l'identificazione dei destinatari dei loro servizi.

In quest'ottica — e fatte salve le considerazioni che si svolgeranno più avanti circa la contrapposizione concettuale tra l'*actual knowledge* e l'*awareness* della versione inglese del testo della direttiva — appariva chiaro come nell'intenzione del legislatore comunitario il sistema della irresponsabilità dell'*host provider* fosse basato su di una duplice ipotesi. Tale soggetto doveva considerarsi irresponsabile nel caso non potesse considerarsi a conoscenza dell'illiceità dell'attività svolta per il tramite dei propri *server* e, altresì, doveva considerarsi scevra da conseguenze giuridiche l'ipotesi in cui questi fosse comunque venuto a conoscenza dell'illiceità delle informazioni trasmesse suo tramite e, però, si fosse attivato immediatamente per rimuoverle o disabilitarne l'accesso.

Si trattava cioè di un'unica fattispecie di esonero della responsabilità basata però su di un sistema binario in cui, al contrario della disciplina frutto del recepimento in Italia, non vi era alcuno riferimento alla rilevanza di comunicazioni od ordini dell'autorità giudiziaria, sicché gli unici elementi necessari per la costruzione del porto franco dell'*hosting provider* erano la sua mancanza di consapevolezza concreta dell'illecito (*actual knowledge*) o conoscenza (*awareness*) di fatti che potessero rendere certa o manifesta l'illiceità del comportamento dello stesso oppure, in caso tale conoscenza fosse imputabile all'intermediario, l'inerzia nella rimozione o nell'oscuramento del contenuto illecito.

Sotto un diverso profilo poi — come evidenziato anche da uno studio commissionato dalla stessa Commissione Europea nel 2011³⁷ — emergeva chiaramente dalla lettera della Direttiva 31/2000 una diversa articola-

³⁶ Interessante notare fin da ora la parziale difformità nel testo inglese "(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to

remove or to disable access to the information." ove sembrerebbe più evidente una differenza tra la consistenza dell'*actual knowledge* di cui all'la prima parte del punto (a) rispetto alla *awareness* di cui alla seconda parte del medesimo inciso, poi richiamate entrambe al punto (b).

³⁷ *Legal analysis of a Single Market for the Information Society*, p. 8.

zione della responsabilità degli *hosting provider* sicché questi “*can only benefit from the liability exemption when they are not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent (when it concerns civil claims for damages) or they do not have actual knowledge of illegal activity or information*” (when it concerns other claims)”. Ciò si traduceva, per il medesimo studio della Commissione Europea, nella conclusione che l’articolo 14 della Direttiva era tale da differenziare “*the level of knowledge, depending on the type of claim asserted against the service provider*”.

Alla luce del solo testo della Direttiva 31/2000, apparivano perciò fondate le interpretazioni che tendevano a mettere in luce un duplice piano di responsabilità dell’*hosting provider* in base alla diversità di azione proposta dal danneggiato lì dove la lettera della direttiva evidenziava una contrapposizione tra l’*actual knowledge* del primo inciso della lettera *a*) e la generica conoscenza (“*is not aware of facts or circumstances*”) del secondo.

L’utilizzo dell’espressione “*actual knowledge*” contenuto nel testo inglese della Direttiva 31/2000 — definibile in tale contesto come un dato cognitivo effettivo privo di ogni equiparazione con l’astratta conoscibilità — appariva mutuato dall’analogo riferimento contenuto nel *D.M.C.A* statunitense³⁸ che si concretizzava, però, in quella disciplina, *de facto*, in un mero rinvio alla procedura formale di *notification* quale unico strumento perché la parte lesa si assicurasse l’effettiva prova di detta conoscenza effettiva talché diveniva improbabile che un utente danneggiato potesse provare l’esistenza di *actual knowledge* in mancanza di una corretta *notification*³⁹.

Priva di una disciplina specifica per la *notification*, la normativa comunitaria, nel richiamare il criterio dell’*actual knowledge* per l’ISP,

³⁸ Si veda 17 U.S. Code § 512 (*Limitations on liability relating to material on-line*) in cui è confluito il Digital Millennium Copyright Act ove si legge al punto C-1 (*Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users*) “*a service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider — (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such*

activity; and (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity”.

³⁹ Si veda 17 U.S. Code § 512 al punto C-3- b: “*Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent*”. Si veda sul punto E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider — passivi e attivi — tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in Riv. Dir. Industriale, fasc. 1, 2017, 56 secondo cui “il concetto di conoscenza effettiva avrebbe potuto essere modellato sulla base di quello

finiva per costruire un regime di responsabilità ben più favorevole per l'*host provider* proprio poiché poneva a carico della parte danneggiata l'onere di dimostrare o l'effettiva conoscenza dell'illecito — e non l'astratta conoscibilità — o, per le mere azioni di risarcimento del danno, la manifesta illecità⁴⁰.

Ciò che, però, nella direttiva comunitaria, appariva in contrasto rispetto alla disciplina statunitense d'ispirazione, era che la diversa gradazione del criterio di conoscenza descritto assumeva diversa rilevanza alla luce dell'inciso "*per quanto attiene ad azioni risarcitorie*".

elaborato dal Digital Millenium Copyright Act (DMCA) statunitense che ritiene a tal fine necessaria e sufficiente una comunicazione formale da parte del soggetto presunto danneggiato dell'informazione da rimuovere da Internet. Alla rilevanza — ai fini della conoscenza da parte dell'ISP del fatto illecito — della mera diffida stragiudiziale del soggetto presunto danneggiato alla rimozione delle informazioni, si è però affiancato, nel DMCA, il criterio di esclusione di responsabilità dell'ISP che ottemperi a tale diffida: criterio, inopportuno, disatteso dalla normativa comunitaria ed italiana". Nel sistema statunitense, inoltre, è contenuta una disposizione di ulteriore bilanciamento rispetto al criterio *notice and take down*. Si prevede, infatti, che qualora il provider, su segnalazione del soggetto che si presume danneggiato provveda a rimuovere dalla rete il contenuto immesso on line da un proprio cliente, e successivamente la *notification* risulti essere infondata, sarà il soggetto che l'ha effettuata (cioè, che ha inviato la diffida) a dover risarcire il cliente per il pregiudizio subito e non già il provider. Sul punto di veda G. CASSANO-P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»*, in *Contratti*, 2004, 95. Sempre in tema di effettiva conoscenza in una prospettiva comparativa si veda P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in questa *Rivista*, 2011, p. 285 ss.; MANTELEO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contratto impr. Europa*, 2010, 529; T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del provider di fronte alle corti inglesi: una vittoria di Pirro*, in questa *Rivista*, p. 751.

⁴⁰ Appaiono così ampiamente condivisibili gli approdi di quella dottrina (R. Bocchini, *op. ult. cit.*, 171) che ha evidenziato come "così ricostruita la fattispecie della

conoscenza appare evidente che l'espressione del legislatore delegato il quale fa riferimento non solo alla conoscenza effettiva, ma anche a fatti o circostanze che rendano manifesta l'illegalità, non può tradursi nella nozione di conoscibilità, né tantomeno nella nozione di ignoranza colpevole... Il diritto giurisprudenziale potrà dar corpo a forme di contributory liability e non di vicarius liability, applicando il principio di diritto, già contenuto nel diritto romano, e che può tradursi efficacemente nella massima non intellere quod omnes intellunt". Sempre lo stesso autore, in tema di onere della prova, afferma che "la conclusione che è possibile trarre da tutte le osservazioni svolte è che l'onere della prova grava sull'attore" però precisa che tale prova può essere fornita tramite prova documentale "di una qualunque comunicazione alla società ... avente ad oggetto l'attività illecita" (Id., *op. ult. cit.*, p. 179). Sulla natura della conoscenza, tra gli altri, si veda G.M. RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d.lgs. 70/03, in Danno e resp.*, 2003, p. 1162 ove si legge che "è doveroso rimarcare che la disposizione discorre di effettiva conoscenza e non di mera conoscibilità: non sarà quindi sufficiente dimostrare che il provider avrebbe potuto conoscere (conoscibilità), essendo invece necessario che sia fornita la dimostrazione dell'effettiva conoscenza". Si veda, con un riferimento applicativo alla portata della distinzione tra conoscenza e manifesta illegalità, anche Id., *La responsabilità degli internet providers*, Torino, 2002, p. 207: "potrebbe ritenersi, come è stato avanzato in dottrina, che l'attività o l'informazione siano manifestamente illecite in tutti i casi in cui, l'apprezzamento del disvalore è talmente evidente da non necessitare di particolari conoscenze giuridiche: così, ad esempio, potrebbe avvenire nel caso in cui il provider si imbatte in un sito che di fonde immagini di pornopedofilia; lo stesso apprezzamento, però, non dovrebbe essere ammesso nei casi in cui l'illiceità può dar luogo a controversia tra le parti (ad esempio, nei casi di

In quest'ottica il requisito della manifesta illecità non poteva considerarsi né coincidente né assorbente, ma alternativo, rispetto al requisito della conoscenza effettiva (*actual knowledge*). In particolare la conoscenza “di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione” poteva essere descrivibile come un criterio di imputazione dipendente dal *non intelligere quod omnes intetlligunt*: elemento questo, quindi, non equiparabile alla mera ignoranza colposa.

Per altro verso intorno inciso “per quanto attiene ad azioni risarcitorie”, parte della dottrina, aveva provato a ricostruire il cardine di una dicotomia tra responsabilità civile dell'ISP ed una responsabilità penale, fondata invece sulla effettiva conoscenza dell'illecità dell'informazione⁴¹.

Alla posizione di quegli autori che avevano proposto la richiamata netta divisione tra responsabilità civile e penale degli *host provider* si era opposta, dopo il recepimento della direttiva comunitaria in Italia ad opera del d. lgs. 70/2003, l'opinione di quella parte della dottrina che criticava l'assunto sulla scorta della considerazione secondo cui, per un verso, doveva considerarsi contraria ai principi dell'ordinamento la scelta del legislatore di richiedere “un'intensità meno elevata dell'elemento soggettivo per la responsabilità penale rispetto a quella civile”⁴² e, per altro, occorreva ricostruire la fattispecie di irresponsabilità dell'*host provider* non come due ipotesi in cui conoscenza e inerzia del provider si cumulavano cronologicamente ma come un'unica fattispecie in cui le lett. a) e b) del primo comma dell'art. 16 della disciplina italiana (che recepiva il 14 della Direttiva 31/2000) dovevano interpretarsi l'uno per il mezzo dell'altra⁴³.

violazione dei diritti attinenti alla proprietà intellettuale)”.
 41 Si veda in tal senso G. M. RICCIO, *op. ult. cit.*, 2002 p. 257 seg.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli 2003. La posizione dottrinale è così riassunta dalla pubblicazione, *Study on the liability of internet intermediaries* della Commissione europea (2007): “according to legal scholars the actual knowledge standard is to be applied exclusively in criminal cases, whilst the awareness test is sufficient in cases involving damages claims. Aside from the fact that there seems to be no prevailing opinion amongst legal scholars concerning the interpretation of actual knowledge of apparently illegal contents or activities, Article 14 ECD has been implemented into Italian law by Article 16 Legislative Decree No. 70. [...] Whereas copyright holders complain about this restriction, intermediaries are obviously uncomfortable as to whether they should inform their users about receipt of notifications of illicit contents, since this could make them liable for complicity or aiding and abetting under Article 378 of the Italian Criminal Code. This Article puni-

shes a person who, after a crime has been committed, helps the offender to evade the investigation or arrest by the authorities — a doctrine that is interpreted by Italian courts widely so as to include acts or omissions, and which can be applied to acts either before or after investigations have been started”.

42 Così M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, Torino, 2010, 203.

43 Esemplificativo è l'iter logico argomentativo di G. CASSANO - I. P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello censore telematico*, in *I Contratti*, 2004, fasc. 1, pt. 2, 91: “al riguardo ci si è domandati se le due lett. sub a) e b) prevedano ipotesi complesse di una unica fattispecie, ovvero costituiscano due diverse fattispecie alternative sufficienti da sole a «dar luogo» alla responsabilità del provider per l'illecito realizzato dal proprio cliente. In altre parole si tratta di capire se le due fattispecie delineate alle lett. a) e b) debbano sussistere contemporaneamente, o se invece, a determinare la responsabilità del provider (vicaria o concorrente) sia sufficiente che se ne

Non vi è chi non noti come proprio quest'ultimo percorso logico della dottrina sia, invero, del tutto coincidente con quello dell'ordinanza di Napoli in commento e, pertanto, meriti un breve chiarimento ⁴⁴.

Andrà subito chiarito come l'evoluzione interpretativa sulla struttura delle norme (nazionali e comunitarie) di esonero della responsabilità dell'*hosting provider* dipenda in massima parte da una difformità tra lett. b) del 1° comma dell'art. 14 della Direttiva 31/2000 e corrispondente lettera dell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003.

Con una buona dose di libertà rispetto al contenuto della direttiva ed alla stessa legge delega ⁴⁵, con il D. Lgs. 70/2003 il Governo ha, infatti, sostanzialmente modificato la struttura complessiva della norma comunitaria introducendo al punto b) il riferimento ad una necessaria "*comunicazione delle autorità competenti*" che porta giocoforza a considerare, secondo una interpretazione testuale, l'obbligo di attivazione dell'ISP, appunto, solo nel caso di preventiva comunicazione dell'autorità giudiziaria.

L'autonoma introduzione, da parte del legislatore nazionale, di tale riferimento all'iniziativa delle autorità competenti — che forse trovava

verifichi anche una soltanto. Sulla questione non nutriamo perplessità nel ritenere che le due lett. a) e b) prevedano altrettante fattispecie alternative. Se, infatti, le due lettere fossero da ritenersi elementi di un'unica fattispecie complessa, la lett. b), di fatto, destituirebbe di significato la lett. a). Che senso avrebbe dire che il provider risponde del danno causato dal proprio cliente ai terzi, qualora ricorrano entrambe le seguenti ipotesi: cioè che a) «sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita», oppure «sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione» ed in aggiunta b) vi sia comunque (in entrambi i casi) una «comunicazione delle autorità competenti». Come può ipotizzarsi, già sul piano logico, un caso in cui il provider non sia «effettivamente a conoscenza» del contenuto di una comunicazione ufficiale delle autorità competenti? Sostenere che vi è una effettiva conoscenza ed una manifesta illiceità solo nell'ipotesi in cui vi è anche una comunicazione ufficiale, equivale ad affermare che deve esserci, sempre e in ogni caso, la detta comunicazione: cioè, significa — in ultima battuta — avalorare una interpretazione abrogante della lett. a) art. 16, per effetto della successiva lett. b); il che, oltre ad essere metodologicamente errato, è comunque positivamente inammissibile, ex art. 12 preleggi⁴⁴.

⁴⁴ Si veda l'ordinanza in commento ove afferma che «la non indispensabilità di un ordine specifico dell'autorità per la rimozione dell'attività e/o dell'informazione

illecita deriva dalle seguenti argomentazioni: 1. dall'articolazione del regime di esonero dalla responsabilità in due fattispecie distinte (lettere a e b del comma 1 dell'art. 16) laddove, se si fosse voluto ritenere nascente l'obbligo di rimozione dal solo ordine delle autorità competenti, non avrebbe avuto senso alcuno prevedere un'ipotesi autonoma di «irresponsabilità» connessa, semplicemente, alla non effettiva «conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita».

⁴⁵ Si veda l'art. 31, (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) della Legge 1 marzo 2002, n. 39, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2001, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 26 marzo 2002 - Supplemento Ordinario n. 54 ove era stata attribuita delega al governo di «f) disciplinare la responsabilità dei prestatori con riferimento all'attività cosiddetta di "hosting"; il prestatore non sarà considerato responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che egli: 1) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita; 2) per quanto attiene alle azioni risarcitorie, non sia al corrente dei fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; 3) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

origine nella volontà di restringere in novero delle ipotesi in cui l'*hosting provider* potesse essere costretto alla rimozione delle informazioni ⁴⁶ — ha sortito, però, effetti contrari rispetto a quelli forse auspicati poiché, sotto il peso del crescente sviluppo economico e tecnologico delle piattaforme 2.0, la giurisprudenza delle corti di merito e la dottrina, in un incessante lavoro di rimodellamento degli assetti di interessi in gioco e con tendenza opposta rispetto a quella che tendeva a limitare ulteriormente la responsabilità degli ISP, reagiva alla introduzione del limite della “*comunicazione dell'autorità competente*” attraverso due linee interpretative: da un lato provvedeva a svalutare il requisito dell'effettiva conoscenza attraverso una interpretazione che rendesse centrale forme di notifiche, anche informali e generiche, di contenuti illeciti presenti sui server dell'*hosting provider*, dall'altro, sulla scia di alcune pronunzie innovative della Corte di Giustizia dell'U.E., provvedeva ad accogliere in Italia la figura dell'*hosting provider* “attivo”. Le due tendenze interpretative descritte

⁴⁶ Sul punto si veda L. 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. e Prev.*, fasc.7-8, 2010, p. 1568B, ove si nota come “rispetto al testo della Direttiva, l'intervento del legislatore interno, abbia introdotto importanti innovazioni sul piano della responsabilità dell'ISP, in particolare di quello di hosting, spesso non tenute nella giusta considerazione dalla giurisprudenza. Al proposito basta aver riguardo all'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003, dedicato appunto alla responsabilità dell'host provider. Tale disposizione mantiene la medesima tecnica di redazione legislativa del suo omologo comunitario, strutturando le circostanze di cui al comma 1, lettere a) e b), come condizioni di esenzione da responsabilità. Se però la lettera a), nella sua seconda parte, quella attinente alla r.c., ricalca pedissequamente l'art. 14 della Direttiva, la lettera b) presenta una rilevantissima novità, in quanto, diversamente dalla Direttiva (art. 14, comma 1, lett. b) e dalla stessa legge delega (legge n. 39/2002), introducendo l'inciso “su comunicazione delle autorità competenti”, prende espressamente ed inequivocabilmente posizione sulla necessità di una “ufficializzazione” della conoscenza attraverso la sua formalizzazione da parte di autorità pubbliche” Il medesimo autore però conclude che “il legislatore italiano, probabilmente allo scopo di ridurre l'area di indeterminazione della nozione di “conoscenza” da parte del provider risultante dalla Direttiva, ha prodotto (sarebbe più corretto dire avrebbe dovuto produrre, stante il citato orientamento giurisprudenziale prevalente) un restringimento della responsabilità del provider di hosting, non

più tenuto ad effettuare valutazioni inesigibili da un punto di vista della competenza professionale e dal punto di vista strettamente tecnico (vista la mole immensa di contenuti continuamente caricati sulle grandi piattaforme UGC) in ordine alla configurabilità o meno dell'illiceità del materiale segnalatogli, in quanto potrà (e dovrà) procedere alla rimozione soltanto quando la notice della illiceità gli pervenga dalle citate autorità competenti”. Come avremo modo di notare, però, la giurisprudenza, sotto la spinta dell'evoluzione dell'economia e della tecnologia nel settore delle piattaforme 2.0, ha per così dire “reagito” alla restrizione legislativa. Depone contro l'ipotesi di una primigenia volontà del legislatore di restringere il campo di responsabilità dell'*hosting provider* il parere espresso in merito allo schema di recepimento della Direttiva 31/2000 dalla Commissione Attività Produttive della Camera dei Deputati (Atto n. 172, schema di D. Lgs. recante l'attuazione della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.) ove si afferma che: “in relazione a quanto previsto dall'art. 16 lett. b) — secondo cui il prestatore di un servizio non è responsabile qualora, non appena a conoscenza dell'illiceità di un'attività o di un'informazione, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso — al fine di evitare che sia vanificata qualsiasi azione efficace ed immediata tesa alla rimozione dalla rete di materiale illecito appare opportuno precisare che la comunicazione delle autorità non costituisce condizione necessaria per la rimozione delle informazioni o per la disabilitazione dell'accesso”.

finivano, così, per costruire un vero e proprio sistema alternativo di responsabilità di origine per lo più giurisprudenziale, basato per gli hosting provider attivi, sui principi generali della responsabilità extra-contrattuale e, per quelli passivi, sulla di una specie di *notification* all'italiana priva di requisiti formali e di meccanismi di *checks and balance* tipica del sistema statunitense basato sul rapporto speculare tra *notification* e *counter notification*.

6. DUE ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI COMPLEMENTARI: LA NOTIFICATION INFORMALE COME STRUMENTO PER RAGGIUNGERE LA PROVA DELLA “EFFETTIVA CONOSCENZA” E LA FIGURA DEL “HOSTING PROVIDER ATTIVO”

Sotto un primo profilo non può dubitarsi come l'introduzione del requisito della necessaria *comunicazione dell'autorità giudiziaria* nella lett. b) del primo comma dell'art. 16 D. Lgs. 70/2003 abbia aperto prima in dottrina e poi in giurisprudenza un *vulnus* logico difficile da colmare in via ermeneutica.

In sede interpretativa era, infatti, frequente, in dottrina, l'interrogativo di chi si chiedeva come si potesse ipotizzare, già sul piano logico, un caso in cui il *provider* non fosse “*effettivamente a conoscenza*” del contenuto di una comunicazione ufficiale delle autorità competenti.

Se cioè era previsto che l'obbligo di reazione dell'ISP fosse solo conseguenza della comunicazione dell'autorità competenti che senso aveva il dato testuale della lett. a) dell'art. 16? A che *pro* stabilire l'irresponsabilità nel caso di non effettiva conoscenza o non manifesta illecità lì dove la rimozione del contenuto poteva seguire solo una comunicazione dell'autorità giudiziaria?

In altri termini il “*sostenere che vi fosse una effettiva conoscenza ed una manifesta illecità solo nell'ipotesi in cui vi è anche una comunicazione ufficiale, avrebbe equivalso ad affermare che deve esserci, sempre e in ogni caso, la detta comunicazione: cioè, significa — in ultima battuta — avvalorare una interpretazione abrogante della lett. a) art. 16, per effetto della successiva lett. b)*”⁴⁷.

Se in un primo momento i dubbi interpretativi fin qui evidenziati furono del tutto interni alla riflessione degli autori citati, non essendoci traccia di ripensamenti nella giurisprudenza immediatamente seguente l'approvazione del D. Lgs. 70/2003, nelle pronunzie di poco successive si fece però strada un atteggiamento di risposta della giurisprudenza ad un regime che andava via via apparendo sempre più di favore verso un'economia, quella che veniva definita *new economy*, che da forma emergente era divenuta sempre più solida in danno delle tradizionali forme imprenditoriali per così dire 1.0.

Così, da prima una isolata sentenza del Tribunale di Catania⁴⁸ — che invero pareva far leva sul dato normativo contenuto nel secondo comma dell'art. 17 del d.lgs. 70/2003 più che sulla portata applicativa dell'art. 16

⁴⁷ Vedi *sub* nota 43.

⁴⁸ Cfr. Tribunale di Catania, 29 giu-

gno 2004, n.2286, in questa *Rivista*, 2004, 3, 466 e ss.

- poi qualche anno dopo una pronunzia del Tribunale di Roma ⁴⁹ — che in parte appariva richiamare lessico ed impostazione della sentenza del tribunale etneo- aprivano il varco ad un'interpretazione sistematica delle lett. a) e b) della richiamata norma. Come felicemente sintetizzerà una sentenza di poco successiva alle due richiamate, incardinando un principio giurisprudenziale poi rimasto fermo, per l'*hosting provider*, l'effettiva conoscenza dell'illiceità dell'attività poteva prevenire certamente *“dal soggetto che si ritiene leso nei propri diritti dall'attività o informazione in questione, costituendo questa una ipotesi diversa ed indipendente da quella prevista dalla successiva lett. b) che richiama espressamente l'informazione proveniente dall'autorità di vigilanza, dove in tal caso per mandare esente da responsabilità l'host provider occorre che per effetto di tale comunicazione costui agisca per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitare l'accesso”* ⁵⁰.

La medesima pronunzia concludeva, così, che dall'art. 16 del D.lgs. 79/2003 si doveva dedurre l'esistenza di una ipotesi *“di responsabilità del provider collegata alla sua inerzia in quanto, nonostante abbia avuto conoscenza che le informazioni trasmesse suo tramite via Internet ledono i diritti di un terzo”* sia che *“tale segnalazione provenga da un terzo (lett. a) che dall'autorità di vigilanza (lett. b)”* e questi *“non si attivi per impedire che tale violazione persista”*.

Sicché derivava, dall'orientamento interpretativo richiamato, che costituiva obbligo dell'*hosting provider* provvedere alla rimozione dei contenuti quando ci fosse stata effettiva una segnalazione da parte del soggetto leso — che riassumeva e confondeva in una unica ipotesi i casi di effettiva conoscenza e manifesta illiceità confondendoli in un'unica indistinta ipotesi — o comunicazione dell'autorità.

Senza in questa sede ulteriormente analizzare il richiamato ed assai consolidato orientamento ⁵¹, non possiamo non notare come questa interpretazione, di indubbio valore in relazione alla giustizia sostanziale, mostri invero la pecca di confondere più piani che nella direttiva 31/2000

⁴⁹ Cfr. Tribunale di Roma, 26 dicembre 2009, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 7-8, 1568.

⁵⁰ Così Tribunale di Catania, 21 aprile 2011, in *GADI*, 2012, 1, 245.

⁵¹ Tra le pronunce più recenti che hanno confermato l'orientamento si vedano Tribunale Roma, 15 luglio 2016, inedita secondo cui *“anche in riferimento al semplice prestatore di un servizio dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (e non quindi dell'hosting attivo” della fattispecie in esame), va esclusa l'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 14 della direttiva 2000/31 quando il prestatore dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detti destinatari abbia omissa di prontamente rimuovere tali dati o disa-*

bilitare l'accesso agli stessi sancendo quindi che la conoscenza, comunque acquisita (e non solo se conosciuta tramite le autorità competenti o a seguito di esplicita diffida), della illiceità dei dati fa sorgere la responsabilità civile e risarcitoria dell'ISP.”; Tribunale Roma, 5 maggio 2016, inedita secondo cui *“la conoscenza, acquisita in qualsiasi modo, della illiceità dei contenuti diffusi fa insorgere la responsabilità civile e risarcitoria dell'Internet Service Provider (ISP); perché la conoscenza sia effettiva è sufficiente un'indicazione specifica della denominazione dei programmi, tramite diffida o altro mezzo o comunque di un'informazione proveniente dal titolare dei diritti sui contenuti, che si qualifica quale momento dell'insorgenza della responsabilità”* sicché *“l'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti per la quale non può in alcun modo ritenersi indispensabile l'indicazione degli*

e, meno evidentemente nel D. Lgs. 70/2003, potevano dirsi invero del tutto separati.

Nell'ottica ermeneutica descritta, infatti, l'effettiva conoscenza diventa equiparata quanto ad effetti e sostanza alla manifesta illiceità — poiché frutto secondo l'*id quod plerumque accidit* conseguenza immediata di una segnalazione da parte del presunto danneggiato — ed entrambi i requisiti giungono per assorbire il più raro caso di comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria che anticipi quella del danneggiato, lì dove non si comprende perché un soggetto leso dovrebbe prima adire le competenti autorità giudiziarie per ottenere quell'effetto (il sorgere di un obbligo alla rimozione immediata del contenuto) che potrebbe assai più agilmente ottenere con una mera segnalazione.

Da ultimo ci sia concesso di segnalare come l'orientamento interpretativo in analisi finisca con il cancellare definitivamente la distinzione di diversi livelli di conoscenza richiesti per le "azioni risarcitorie" e le altre azioni, distinzione contenuta nella lett. a) del primo comma dell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003.

Il secondo orientamento giurisprudenziale che abbiamo definito di reazione rispetto alle incertezze del testo dell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003 ci pare sia identificabile con quello che ha dato adito alla genesi della figura di origine giurisprudenziale dell'*hosting provider attivo*.

In dottrina l'avvio del florido filone giurisprudenziale che ha condotto alla costruzione dogmatica della figura dell'*hosting attivo*, viene generalmente fatto risalire al noto caso RTI c. Yahoo deciso dal Tribunale di Milano, 9 settembre 2011 (Pres. Tavassi — Est. Marangoni) con cui, sulla scia degli approdi delle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia europea nei procedimenti riuniti da C-236/08, C-237/08 e C-238/08 (casi Google France)⁵², veniva affermato il principio secondo cui l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti, i cui proventi concorrono a finanziare l'attività del prestatore di servizi, dovevano essere qualificati come servizi di *hosting* attivo, così esorbitando

URL essendo sufficiente un'indicazione specifica dei files illeciti (video, programmi etc) tramite diffida o al mezzo"; Tribunale Roma, 20 ottobre 2011, inedita. Va da ultimo notato come spesso le pronunzie che compongono questo filone interpretativo poggino sull'autorità di noti precedenti della Corte di Giustizia europea (decisioni del 23.3.2011 nel caso Google c. Louis Vuitton e del 12.7.2011 caso L'Oreal c e Bay) che in realtà poco riferimento possono avere rispetto al problema interpretativo prospettato poiché in riferimento ad ordinamenti ove l'inciso "su comunicazione dell'autorità competenti" non era previsto.

⁵² Con detta pronunzia la Corte di Giustizia europea affermava come "dal quarantaduesimo considerando della direttiva 2000/31 risulta, a tal proposito, che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine «me-

ramente tecnico, automatico e passivo», con la conseguenza che detto prestatore «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». [...] Pertanto, al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio di posizionamento possa essere limitata ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza" sicché "l'art. 14 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto

da qualsiasi posizione di pretesa neutralità del prestatore e rendendo inapplicabile la disciplina di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003 a favore di una valutazione della sua condotta secondo le comuni regole della responsabilità civile.

In realtà già prima di tale sentenza, riconosciuta in dottrina quale vero e proprio *lead case*, la sentenza del Tribunale di Milano del 7 giugno 2011 (anche qui Pres. Tavassi ed Est. Marangoni) era giunta a medesime conclusioni di quella di poco successiva condividendo con quella del settembre del medesimo anno una analisi puntuale della *“regolamentazione contrattuale”* con cui il prestatore medesimo si riserva determinati diritti sui materiali caricati sulla propria piattaforma nonché sulla sussistenza, in un caso, di un *“servizio di segnalazione dell'eventuale illiceità del contenuto immessi di altri video correlati a quello specificamente prescelto dall'utente”* e nell'altro *“di un servizio di “segnala abuso”, visibile come link sotto ogni video pubblicato in rete, che consente al visitatore di segnalare al prestatore del servizio l'eventuale illiceità del contenuto immesso dall'utente e consente alla redazione di verificare la segnalazione stessa e di provvedere alla eventuale rimozione del materiale stesso”*. Entrambe le richiamate sentenze facevano da ciò derivare che tali rilievi fattuali *“costituiscono tutti elementi che portano a differenziare la posizione di tale prestatore di servizi da quello puramente addetto alla fornitura di uno spazio per la memorizzazione delle informazioni trasmesse dagli utenti ed alla visualizzazione delle stesse da parte di terzi”*.

Un rilievo puntuale, per così dire *case by case*, quello fornito dalle due sentenze del Tribunale di Milano richiamate, che, pur senza aderire ad una categoria dogmatica ancora in divenire, era stata già utilizzato dalla già citata sentenza del Tribunale di Roma del 16 dicembre 2009 (est. Marvasi) con cui si era valorizzata la rilevanza, in relazione al giudizio di responsabilità dell'*hoster*, delle *“regole stabilite dal provider, che consentono l'esclusione di contenuti pedopornografici, prevedono l'accettazione dell'utente di ogni aggiornamento deciso da Youtube, il diritto di controllare i contributi, la assoluta discrezionalità nell'interrompere in maniere temporanea o permanente la fornitura del servizio”*.

Approccio che, da un lato, e secondo un'analisi più stringente del dato normativo testuale di riferimento, appariva connesso al tenore del secondo comma dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003 — lì dove si afferma che le disposizioni di esonero di responsabilità dell'*hosting provider* di cui al primo comma sono escluse *“se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore”* — e, dall'altro, era destinato via via a smarrirsi nel rimbalzare della categoria riassuntiva dell'*hosting provider* attivo di sentenza in sentenza.

In tale ottica non stupisce che la corretta intuizione di una analisi caso per caso della responsabilità dell'*hosting provider* in relazione alla sua

prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un in-

serzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia ommesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi”.

capacità di esercitare *autorità e controllo* sul prestatore sia stata progressivamente vuotata di senso fino a giungere, assai di recente, a ridursi ad una indagine circa l'esistenza o meno di una "*organizzazione di sfruttamento pubblicitario ed economico dei contenuti immessi in rete e dettagliatamente organizzati*"⁵³ dalla piattaforma 2.0.

In tal senso, pur non condividendone la concreta applicazione ad una piattaforma di video *sharing*, ci pare che la recente pronunzia della Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2016⁵⁴, —nell'affermare la nozione di *hosting* attivo risulti fuorviante e da evitare concettualmente lì dove il prestatore non intervenga in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti pur sfruttandone commercialmente la presenza sul sito — appare assai più aderente al dato testuale dell'art. 16 D.lgs. 70/2003 ed apra lo spazio ad una nuova riflessione su questa categoria dogmatica proprio perché rimette al centro una analisi sulla capacità in concreto dell'*hosting provider* di esercitare, astrattamente, autorità e controllo sui contenuti⁵⁵.

7. LE SOLUZIONI DELL'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI NAPOLI

In questo scenario, in cui le due tendenze giurisprudenziali esaminate tendono a compensare una contraddittorietà intrinseca dell'art. 16 D.lgs. 70/2003, la posizione assunta dal Tribunale di Napoli nell'ordinanza in commento assume grande interesse, *in primis*, perché colloca la piattaforma Facebook al di fuori della categoria degli *hosting provider* attivi⁵⁶.

Si tratta di un approdo di non poco conto atteso che Facebook, come si è avuto modo di evidenziare al principio di questa trattazione, rappresenta l'esempio emblematico dello sfruttamento economico tramite pubblicità delle nuove tecnologie informatiche attraverso innovativi e molto remunerativi modelli di *business*⁵⁷.

Non è dato sapere se, sul punto di diritto, si siano svolte considerazioni delle parti o meno. Certamente la scelta di non assecondare l'orientamento giurisprudenziale che associa la figura dell'*hosting provider* attivo ad ogni organizzazione di sfruttamento pubblicitario ed economico dei

⁵³ Così Tribunale Roma, sez. IX, 15 luglio 2016, inedita. Formule analoghe sono ricorrenti in giurisprudenza. Per Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, 5 maggio 2016 e Tribunale Roma, sez. IX, 27 aprile 2016, n. 8437, in *Diritto & Giustizia*, 2016, si è in presenza di un hosting attivo ogni qual volta vi sia "*una organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti*". Nel medesimo senso di muovono, ci pare, Tribunale Milano, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 25 settembre 2014, n. 11295; Tribunale Milano sez. I 23 maggio 2013.

⁵⁴ Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2016, *cit.*

⁵⁵ Nel caso di specie la Corte di Appello di Milano ha, in concreto, valutato che "*i servizi pubblicitari gestiti dal fornitore di*

accesso a internet, i diritti di utilizzo e di riadattamento dei contenuti caricati a sé riservati, il diritto di manleva nei confronti dell'utente stabilito nelle condizioni integrative dell'accesso alla rete nonché il potere di rimozione dei contenuti caricati e la facoltà di segnalazione degli illeciti da parte dell'utente, considerati nel loro insieme, non sono, infatti, indici rivelatori di un'attività d'interferenza sui contenuti pubblicati nel sito in grado, di per sé, di mutare il regime di responsabilità a posteriori dell'hosting provider, in quanto non in grado di alterare l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione".

⁵⁶ Pur non essendoci sul punto una espressa statuizione l'approdo risulta evidente dalla diretta applicazione che il tribunale partenopeo effettua della disciplina dell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003.

⁵⁷ Sul punto si veda quanto diffusamente esposto nel paragrafo 3.

contenuti immessi in rete e dettagliatamente organizzati ⁵⁸ ci pare sia da condividere pienamente.

Forse un'analisi circa le condizioni d'uso del servizio di Facebook avrebbe condotto ad una riflessione più articolata sul punto, tesa ad accertare se, ed in che modo si estrinsechi un'eventuale autorità o controllo, seppure meramente potenziale, di tale piattaforma sui contenuti degli utenti. Una riflessione, che ove puntualmente svolta, avrebbe, a nostro avviso, corroborato e non smentito le conclusioni dell'ordinanza in commento atteso che nello specifico caso di Facebook, e contrariamente a quanto avviene su altre piattaforme, appare meno intenso l'esercizio dell'autorità e del controllo sui contenuti ⁵⁹.

Sotto un diverso profilo, invece, l'ordinanza in commento appare collocarsi, seppur con peculiari approdi ermeneutici, nell'orientamento giurisprudenziale che — una volta dichiarata l'applicazione all'*hosting provider* della disciplina contenuta nell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003 — afferma il principio della effettiva conoscenza dell'illecito sulla base di una segnalazione da parte del soggetto danneggiato ⁶⁰.

In proposito l'ordinanza in commento appare ricalcare in pieno l'*iter* logico argomentativo di chi aveva in dottrina evidenziato il contrasto logico tra la lett. a) e b) del primo comma dell'art. 6 del D. Lgs. 70/2003 evidenziando che *“laddove, se si fosse voluto ritenere nascente l'obbligo di rimozione dal solo ordine delle autorità competenti, non avrebbe avuto senso alcuno prevedere un'ipotesi autonoma di irresponsabilità connessa, semplicemente, alla non effettiva conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita”* e altresì che *“se l'obbligo di rimozione può derivare solo da un precedente ordine dell'autorità, non ci sarebbe motivo di sancire l'assenza di un generale obbligo di sorveglianza giacché, in ogni caso, il provider non potrebbe o, comunque, non dovrebbe attivarsi spontaneamente o volontariamente per impedire l'attività e la diffusione dell'informazione illecita”* ⁶¹.

⁵⁸ Così Tribunale Roma, sez. IX, 15/07/2016, cit.

⁵⁹ Ma spunti in merito avrebbero potuto ricavarsi dall'art. 5 di dette condizioni (reperibili alla URL <https://www.facebook.com/terms>) in cui si legge che Facebook ha il potere unilaterale di *“rimuovere tutti i contenuti o le informazioni che gli utenti pubblicano su Facebook, nei casi in cui si ritenga che non rispettino la presente Dichiarazione o le nostre normative”*.

⁶⁰ Si veda in merito il passaggio dell'ordinanza in commento ove si afferma *“che, pur in assenza di un generale obbligo di sorveglianza ovvero di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17 cit.) — il cui adempimento, oltre ad apparire notevolmente difficoltoso se non addirittura impossibile sul piano tecnico tanto che si discute della stessa esistenza di una tecnologia in grado di effettuare precisamente e in un contesto globale ed in con-*

tinuo aggiornamento la verifica di tutti i dati e/o attività svolte nel web, comporterebbe un eccessivo dispendio di risorse oltre che una forte limitazione della libertà degli utenti — deve tuttavia ritenersi sussistente una responsabilità per le informazioni oggetto di memorizzazione durevole od “hosting” laddove, come avvenuto nel caso di specie, il provider sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita (art. 16, comma 1, lettera b citato) e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa; che, invero, non appare condivisibile l'opinione sostenuta da parte reclamante secondo cui sussisterebbe un obbligo di rimozione solo laddove intervenga un ordine dell'autorità piuttosto che per effetto di una conoscenza acquisita aliunde, magari in modo specifico e qualificato, come nel caso di denuncia del soggetto cui l'attività o l'informazione si riferisce”.

⁶¹ Cfr. G. CASSANO-P. CIMINO, *op. cit.*, p. 295.

Eppure la pronuncia del Tribunale di Napoli appare distaccarsi dai precedenti, in una riflessione che merita grande attenzione lì dove sottolinea come, a fronte della notifica della parte danneggiata, la piattaforma Facebook, prima dell'instaurazione del procedimento cautelare e della notifica del ricorso introduttivo, “*fosse rimasta totalmente inerte non provvedendo neanche, come pure avrebbe dovuto in base alla specifica previsione di cui all'art. 17 (comma 2) — dalla stessa più volte richiamata per andare esente da responsabilità — a denunciare prontamente il fatto alle autorità competenti, stante il contenuto palesemente diffamatorio e denigratorio anche solo dei commenti e delle immagini presenti nei links oggetto di segnalazione*”⁶².

Ci pare del resto chiaro come il richiamo alle “*circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione*” si muova sullo sfondo della sottolineatura della corte partenopea del “*contenuto palesemente diffamatorio e denigratorio*” e come da tale ritrovata centralità della manifesta illiceità nella responsabilità civile dell'ISP (ovvero nelle azioni avente strumentali ad un risarcimento del danno) spinga a cercare una nuova via di coordinamento tra lett. a) e b) dell'art. 16 fondando l'obbligo di attivazione dell'ISP appunto sulla previsione del comma 2 dell'art. 17.

Certo tale tentativo di ricostruzione sistematica mostra ancora una volta quanto sia difficile il contemperamento di interessi in un quadro di regole tutto sommato ancora incerte ed in cui il contrasto tra diritti della personalità, iniziativa economica privata e diritto alla libera espressione tramite la rete assume contorni letteralmente drammatici. Non è chi non noti, infatti, come la nozione “*circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione*” possano assumere portate applicative drasticamente diverse se parametrize come nel caso di specie a lesioni della reputazione o, ad esempio, a lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera protetta da *copyright*.

Da qui la centralità che nell'iter logico argomentativo del Tribunale partenopeo assume la valutazione degli interessi coinvolti con particolare attenzione a quelle lesioni dei diritti della personalità ove è più facile accertare la sussistenza della manifesta illiceità dell'informazione o dell'attività.

In altri termini proprio poiché, come afferma l'ordinanza in commento, “*nella valutazione degli interessi coinvolti*” vengono “*in rilievo diritti della personalità (quali l'immagine, il decoro, la reputazione, la riservatezza), appare irrazionale dover attendere un ordine dell'autorità il quale potrebbe intervenire quando ormai i diritti in questione sono irrimediabilmente pregiudicati e non più suscettibili di reintegrazione*”. Sicché per un verso, nell'ambito del giudizio di illegittimità dei contenuti segnalati dall'utente maggiore rigore dovrebbe essere tenuto nella decisione se procedere secondo il principio del *notice and take down* o meno e, per altro verso, in questo ambito vanno, con più coraggio da parte delle corti di merito, accolte le richieste giudiziali delle parti danneggiate di condanna degli *hosting provider* ad adempire ad obblighi proattivi e social-preventivi volti ad impedire reiterazioni dell'illecito⁶³.

⁶² Posizione questa in cui ci paiono riecheggiare le motivazioni di Tribunale di Catania, 29 giugno 2004, *cit.*

⁶³ Sul punto si vedono le chiare considerazioni di R. BOCCHINI, *La responsabilità da Facebook per la mancata rimozione*

Se di un limite si può discorrere nell'ordinanza in commento allora quel limite andrebbe rintracciato nel non aver portato a definitivo compimento l'iter logico argomentativo intrapreso accogliendo le richieste della parte danneggiata di “ordinare a Facebook Ireland Ltd la immediata cessazione e rimozione dalla piattaforma del social network di ogni post o pubblicazione contenente [...] immagini (foto e/o video) [...] apprezzamenti offensivi, denigratori, derisori, e/o comunque riferiti alle preferenze sessuali della ricorrente e/o comunque a immagini (foto e/o video) la cui diffusione non sia stata autorizzata”.

Ciò che in altri termini risulta gravato di una distorsione logico-giuridica che ci pare degna di critica e che mentre in ambito comunitario si affermi, solo a proposito della lesione dei diritti di proprietà intellettuale, che gli Stati membri devono prevedere l'adozione di misure che abbiano la funzione “non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle”⁶⁴ e che nulla osta ad imporre ai provider un ordine inibitorio che possa avere per lo stesso un “costo notevole”⁶⁵ imponendogli di bloccare non solo l'accesso all'indirizzo su cui i contenuti illeciti risultano allo stato pubblicati ma anche “ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza”⁶⁶, tali principi vengano accolti come ampiezza ridotta nell'ordinamento nazionale soprattutto, come nel caso di specie, lì dove entrano in gioco diritti della personalità e lesioni della sfera non patrimoniale.

8. LIMITI E PROSPETTIVE DEGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME 2.0

In merito ai limiti, che fin qui si è cercato di evidenziare, del complesso sistema della disciplina normativa in tema di responsabilità degli *hosting provider*, della giurisprudenza che intorno a tale disciplina si è evoluta e della specifica ordinanza in commento — che come si è cercato di evidenziare ha l'indubbio pregio di porre di nuovo al centro dell'attenzione il delicato tema dell'ordinamento d'interessi patrimoniali e non patrimoniali coinvolti nei processi economici e comunicativi delle piattaforme 2.0 — ci pare di poter offrire due ordini di argomentazioni per un'ulteriore riflessione: la prima sotto il profilo *de iure condito* e la seconda in una prospettiva *de iure condendo*.

Ci pare, *in primis*, sotto il profilo ermeneutico strettamente inteso, che vada vagliata dallo studio critico della dottrina e alla luce delle possibili applicazioni giurisprudenziali una interpretazione dell'art. 16 del D.lgs. 70/2003 che: I) tenti di rileggere la lettera b) del primo comma dell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003 alla luce della disciplina comunitaria, così valorizzando la funzione e l'obiettivo tracciati dalla Direttiva 31/2000; II) torni a valorizzare il dato testuale della lett. a) lì dove, ai fini del giudizio di responsabilità/irresponsabilità dell'*hosting provider*, è prevista una diversa gradazione di conoscenza (effettiva conoscenza/manifesta illiceità) a seconda che sia intrapresa una azione risarcitoria o meno; III) rimetta al

di contenuti illeciti, in *Giur. it.*, 2017, fasc. 3, p. 632.

⁶⁴ Così la sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 marzo 2014 nel caso Tele-

kabel (procedimento C-314/12), punti 35 e 36.

⁶⁵ *Ibidem*, punto 50.

⁶⁶ *Ibidem*, punti 11 e 12.

centro della costruzione della figura dell'*hosting provider* attivo il secondo comma dell'art. 16 lì dove espressamente si afferma che “*le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore*”.

Quanto al primo dei tre profili di riflessione indicati, ci pare che andrebbe vagliata l'ipotesi di interpretare la locuzione “*autorità competenti*” in senso sistematico ed orientato al rispetto del principio indicato dalla Direttiva 31/2000, ed invero anche dalla legge delega, attribuendo rilevanza a tutti i casi in cui l'*hosting provider* sia a conoscenza della illiceità delle informazioni ospitate sui propri server.

Così, sempre seguendo l'indirizzo interpretativo fin qui utilizzato e con riferimento al secondo profilo di riflessione indicato, ci pare che si possa valorizzare la distinzione tra “*effettiva conoscenza*” e “*conoscenza di fatti e circostanze che rendano manifesta illiceità*”.

Si potrebbe così immaginare che l'ISP venga chiamato a rispondere per responsabilità extracontrattuale nel caso si dimostri che questi era al corrente di fatti e circostanze che rendevano manifesta illiceità (perché l'esistenza di tali fatti sono stati oggetto di *notification* o ne ha avuto conoscenza *aliunde*) per il danno patito dall'utente derivante dalla mancata rimozione dell'informazione, mentre possa essere chiamato a rispondere ad altro titolo (penalmente ma anche a titolo di reintegrazione in forma specifica) solo nei casi in cui sia dimostrata la conoscenza effettiva (*actual knowledge*) dell'*hosting provider*.

Da ultimo occorre segnalare come la categoria dell'*hosting provider* attivo potrebbe sottrarsi alle critiche di chi ha visto in tale categoria dogmatica una costruzione giurisprudenziale sprovvista di una reale consistenza giuspositiva se si cercasse di radicarla al contenuto normativo del secondo comma dell'art. 16.

In questo senso, mentre come abbiamo avuto modo di notare nel secondo paragrafo, tutte le piattaforme 2.0 possono definirsi come “*organizzazione di sfruttamento pubblicitario ed economico dei contenuti immessi in rete e dettagliatamente organizzati*”⁶⁷, solo alcune di esse esercitano controllo ed autorità, seppure potenziali, sui contenuti caricati dall'utente.

Una interpretazione di tal genere avrebbe forse il pregio di spostare l'attenzione dal dato economico (il vantaggio economico che le piattaforme 2.0 traggono dall'utilizzo da parte dei privati e delle aziende) da quello più squisitamente giuridico che mira ad evidenziare i caratteri di estraneità o meno dell'ISP rispetto alle condotte del *content provider*.

De *iure condendo*, in questa sede, non può che darsi conto di come dalla “*Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento per la Strategia per un mercato unico digitale*”⁶⁸ sia emerso una “*evidente impegno ad innalzare il livello generale di protezione dal materiale*

⁶⁷ Così Tribunale Roma, sez. IX, 15/07/2016, *cit.*. Si veda sub nota 49 per altri riferimenti.

⁶⁸ Cfr. COM(2015) 192 del 6.5.2015. A tale comunicazione sono seguite una serie di altre azioni con il fine di accelerare i processi di armonizzazione del mercato digitale. In particolare, Commissione ha pub-

blicato un Comunicazione dal titolo “*Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*” - COM 626 del 9.12.2015, anticipando gli orientamenti di politica ed azione legislativa che sarebbero stati intrapresi nei confronti degli *hosting provider* e delle piattaforme web di tipo 2.0.

illecito su internet” nonché a vagliare “la necessità di presentare nuove misure per contrastare i contenuti illeciti su internet, tenendo debitamente conto delle conseguenze per il diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione, sotto forma, ad esempio, di procedure rigorose di rimozione dei contenuti illeciti avendo cura di non eliminarne anche di leciti e di valutazione dell’opportunità d’imporre agli intermediari di esercitare una maggiore responsabilità e diligenza nella gestione delle reti e dei sistemi (dovere di diligenza)”.

Da ultimo la “Proposta per una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d’autore nel mercato unico digitale”⁶⁹ ha evidenziato due linee di intervento in materia di responsabilità degli *hosting provider*. Da un lato i prestatori di servizi della società dell’informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti dovranno adottare misure — quali l’uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti — miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l’uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti siano messi a disposizione sui loro servizi.

D’altro lato gli Stati membri dovranno provvedere a che i prestatori di servizi istituiscano meccanismi di reclamo e ricorso da mettere a disposizione degli utenti in caso di controversie in merito all’applicazione delle misure sopra richiamate.

Si tratta di un intervento che ci pare orientato ad istituzionale e regolamentare il meccanismo di *notice* e *take down* così intervenendo — auspichiamo non solo in relazione al settore della tutela del diritto d’autore — su di una lacuna evidente dell’ordinamento comunitario e di quello nazionale.

Auspicabile e che anche in Europa, accanto ad una più dettagliata normativa sui contenuti formali e procedurali di invio della comunicazione all’*hosting provider* sia previsto un sistema di bilanciamento degli interessi tramite contro-notifica sul modello della *counternotice* statunitense.

In quell’ordinamento, infatti, prima di rimuovere o disabilitare l’accesso al materiale, il *provider* è tenuto ad avvisare il *content provider* sicché se quest’ultimo ritiene che la diffusione sia lecita e non leda alcun diritto di terzi, può a sua volta inviare una “contro-notifica” (definita dalla legge: counter-notification), che deve contenere gli stessi requisiti formali della *notification* sicché segnalante è, in tale ordinamento, è responsabile qualora la propria *notification* crei danni al *content*.

Una previsione che ci pare assai importante, per contemperare gli interessi in gioco e scongiurare le incertezze dell’attuale sistema, i rischi di un accentuato *chilling effect*, ed, in ultima analisi, i limiti di un bilanciamento tra interessi di cui l’attuale diritto vivente della responsabilità delle piattaforme 2.0 ancora soffre.

MATTEO MONTANARI

⁶⁹ Cfr. COM(2016) 593 del 14.9.2016.