

Rosario Petruso

**RESPONSABILITÀ DELLE
PIATTAFORME ONLINE,
OSCURAMENTO DI SITI WEB E
LIBERTÀ DI ESPRESSIONE NELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

 ROSARIO PETRUSO

RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME ONLINE, OSCURAMENTO DI SITI WEB E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. — 2. La responsabilità civile dei fornitori di servizi di hosting tra libertà di espressione, tutela della reputazione del singolo e dei valori democratici: il controllo “esterno” della Corte EDU sulla normativa derivata europea. — 2.1. Incitamento all’odio, appello alla violenza e doveri di monitoraggio dei contenuti generati dagli utenti: la sentenza resa il 16 giugno 2015 dalla Grande Camera della Corte EDU nel caso *Delfi v. Estonia*. — 2.2. Una parziale distensione dei principi affermati dalla Grande Camera: la sentenza resa nel caso *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary* e la sufficienza di una procedura di “notice and take down” ove non ricorrano discorsi d’odio. — 2.3. Affermazioni diffamatorie, piccoli blog e grandi piattaforme di hosting: le decisioni di irricevibilità rese nei casi *Pihl v. Sweden* e *Tamiz v. UK*. — 3. Alcune prime osservazioni critiche: l’inconciliabilità della giurisprudenza EDU con i principi scolpiti dalla direttiva 2000/31/CE. Verso la perdita di una regola comune. — 4. I rimedi spettanti all’internauta a seguito di misure di oscuramento indiscriminate di piattaforme web disposte dalle autorità pubbliche. — 4.1 Il blocco sovradimensionato di intere piattaforme web a causa di specifici ed isolati contenuti illeciti: la sentenza resa il 18 dicembre 2012 nel caso *Yildirim v. Turkey*. — 4.2 Utilizzo “passivo” di un sito ed insussistenza dello status di vittima di cui all’art. 34 CEDU: la decisione di irricevibilità dell’11 marzo 2014 resa nel caso *Akdeniz v. Turkey*. — 4.3 Utilizzo “attivo” di un sito-web e sua insostituibilità: la sentenza resa il 1° dicembre 2015 nel caso *Cengiz v. Turkey*. — 5. La giustificabilità di misure di oscuramento di piattaforme web sulla base di un approccio fondato su ragioni di contingente empiricità. — 6. Sommari cenni conclusivi.

1. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE.

All’incirca venti anni fa, dall’adozione cioè della direttiva sul commercio elettronico, si pensava che in Europa la questione della responsabilità degli intermediari dei servizi di base della rete telematica per fatto illecito altrui avesse trovato un assetto tendenzialmente definitivo con la creazione di un regime di irresponsabilità assai lontano da quello destinato alla regolamentazione

degli altri mezzi di comunicazione tradizionali chiamati a gestire la produzione e la diffusione dell'informazione ¹.

Il regime di esonero da responsabilità previsto per le piattaforme online che offrono servizi di *hosting* ² — come pure quello per chi fornisce servizi di accesso alla rete e di memorizzazione temporanea — fu fondamentalmente influenzato dal modello statunitense ³. Tra i due plessi normativi posti a regolamentazione delle responsabilità degli intermediari della rete rinvenibili nel diritto federale statunitense — il *Communications Decency Act* (CDA) ed il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) approvati nello stretto giro temporale del biennio 1996-1998 — fu infatti scelta, come parametro di riferimento, la legislazione posta a contemperamento del conflitto di interessi tra titolari dei diritti d'autore e prestatori dei servizi della rete; una legislazione federale, quella di cui alla sezione 512 del DMCA del 1998, incentrata su un regime di responsabilità civile del prestatore dei servizi di hosting subordinato all'effettiva conoscenza maturata dall'intermediario dell'illecito da altri perpetrato tramite i propri servizi ⁴.

¹ Sembrava, inoltre, soprattutto con riferimento alla trasposizione italiana della direttiva 2000/31/CE (cfr. il Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70) che il legislatore avesse trovato la forma più appropriata per rendere quel regime impermeabile alle evoluzioni creative della giurisprudenza. Sul punto, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 271, ove l'Autore osserva come il legislatore abbia adottato un « modello normativo capace di limitare l'evoluzione dell'ordinamento ad opera di una giurisprudenza creativa ». Sulla normativa italiana di recepimento della direttiva 2000/31/CE, cfr. S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03*, in *Il Corriere Giuridico*, 2003, 1247 ss.; G. COMANDÈ, *Al via l'attuazione della Direttiva sul commercio elettronico, ma ... serve un maggiore coordinamento*, *Danno e resp.*, 2003, 808 ss.; R. D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, *Danno e resp.*, 2004, 248 ss.

² Servizi, cioè, di archiviazione, di stoccaggio e di memorizzazione delle informazioni: si pensi a piattaforme, per stare alle più comuni, quali *Google-Sites*, *YouTube*, *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Snapchat*, etc.

³ Si noti che l'ordinamento giuridico tedesco era l'unico in Europa ad aver già ideato un quadro giuridico di tipo "orizzontale" prima dell'adozione della direttiva 2000/31. Sul modello tedesco e in particolare su quanta influenza esso abbia avuto

nella redazione della direttiva sul commercio elettronico, cfr. G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 185 ss. Sul tema, cfr., inoltre, D. DÖRR-S. JANICH, *The Criminal Responsibility of Internet Service Providers in Germany*, 80 *Miss. L.J.* (2010-2011), 1247, specialmente, 1249. Da ultimo, sul tema, e in particolare sulle interazioni tra responsabilità degli intermediari, sviluppo, cultura e diritti fondamentali, cfr. A. STAZI, *I multi-formi approcci dei paesi dell'Asia estremo-orientale e dell'Oceania alla responsabilità degli intermediari online: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale*, in questa *Rivista*, 2018, 201 ss. Sulla convergenza di dati giuridici tra diversi ordinamenti nel caso in cui il fenomeno da regolare sia la tecnica informatica, cfr. P. SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in questa *Rivista*, 2008, 711 ss.

⁴ Ma anche ad una forma di conoscenza solo presunta. Ed invero, relativamente alla limitazione di responsabilità prevista a favore degli intermediari che prestano servizi di hosting, la sezione 512 (c) del DMCA esige che questi non siano al corrente (c.d. *actual knowledge*) del fatto che i contenuti presenti in rete violino i diritti altrui o di fatti o di circostanze che rendano palese che i contenuti presenti in rete violino tali diritti (c.d. *red flag knowledge*). Non appena raggiunta tale consapevolezza o non appena formalmente infor-

e sul divieto di obblighi generali di sorveglianza⁵. Fu scartata, invece, l'altra opzione, sicuramente più favorevole per quanti mettano a disposizione dei terzi un sito web, prevista dalla sezione 230 del CDA del 1996, imperniata su una immunità pressoché totale di tali soggetti per gli *speech related torts* riconducibili a terzi⁶ e sulla previsione di un'ulteriore esenzione da responsabilità — che, sin dalla rubrica della norma, fu definita come una protezione per le azioni del Buon Samaritano⁷ — per coloro che si fossero ripromessi il proposito (a prescindere se lo avessero o meno attuato) di controllare l'uso dei servizi offerti ai rispettivi utenti al fine di escludere dalla rete (sulla base delle scelte commerciali del singolo operatore, della linea politica o culturale impressa al proprio sito e degli sviluppi tecnologici nel campo dei software di filtraggio) contenuti da costoro reputati illeciti, osceni, o comunque solo nocivi, biasimevoli o riprovevoli, finanche se leciti e costituzionalmente protetti dal Primo Emendamento⁸.

Analogamente al modello statunitense previsto nella sezione 512 del DMCA, la direttiva 2000/31 ha previsto, all'art. 15, a tutela di

mato, secondo i criteri previsti dal paragrafo (3) della sezione 512 (c) (ove è prevista una puntuale procedura di “*notice and take down*”), della presenza sui propri server di contenuti illeciti, l'intermediario è tenuto a rimuovere spedatamente il contenuto o a disabilitarne l'accesso.

⁵ La sezione 512 (m), a dispetto della rubrica (“*protection of privacy*”), contiene un principio di portata generale, volto ad escludere obblighi di monitoraggio della rete o di ricerca di fatti che indichino la commissione di atti illeciti: si legge, infatti, nel testo della norma che « *nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on: (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i) [...]* ».

⁶ Alla sezione 230 (c) (1) si legge, infatti, che « *No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* ». Da ultimo, in dottrina, su quanto sia ampia nell'interpretazione fornita dalle corti statunitensi la protezione accordata dalla sezione 230 del CDA, cfr. M. G. LEARY, *The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act*, 41 Harv. J.L. & Pub. Pol'y (2018) 553 ss.; K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 Harv. L. Rev. (2017-2018), 1598, specialmente 1609 ss.

⁷ Cfr. la rubrica della sezione 230 (c) intitolata “*Protection for ‘Good Samaritan’ blocking and screening of offensive material*”. In particolare alla sezione 230 (c) (2) si legge, quanto alla responsabilità civile, che « *No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of: (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)* ». Sul punto, cfr. K. KLONICK, *The New Governors*, cit., 1669, ove si osserva che lo scopo della sezione 230 è quello di « *encourage platforms to be Good Samaritans by taking an active role in removing offensive content and to protect users’ rights by avoiding free speech problems of collateral censorship* ».

⁸ Se e in che misura la sezione 230 del CDA possa essere intesa come una proiezione del Primo Emendamento, cfr., da ultimo, Note, *Section 230 as First Amendment Rule*, 131 Harv. L. Rev. (2018), 2027 ss.; J. M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in corso di pubblicazione in *Columbia Law Review* (2018), disponibile online in anteprima all'indirizzo web https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186205. Sulla libertà di manifestazione del pensiero contemplata dal Primo

tutti gli intermediari dei servizi di base di Internet (nella tripartizione legislativa di fornitori di servizi di accesso, di memorizzazione temporanea e di memorizzazione permanente ⁹) il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza e di ricerca di fatti o di circostanze che possano indicare la commissione di fatti illeciti ¹⁰ e, all'art. 14, una esclusione, in linea di principio, da responsabilità per colui che fornisce servizi di hosting, salvo che nell'ipotesi in cui questi sia divenuto in qualche modo partecipe dell'illiceità di quanto comunicato e non abbia prontamente rimosso quel contenuto ¹¹.

A differenza del modello ispiratore, però, la direttiva 2000/31 concerne qualunque fatto illecito e qualsivoglia tipo di responsabilità (penale, civile e amministrativa), generalizzando gli obblighi di rimozione di contenuti illeciti previsti dall'art. 14; obblighi la cui regolamentazione di dettaglio, in omaggio al principio di sussidiarietà e dell'autonomia procedurale riservata agli Stati membri ¹², è stata fondamentalmente affidata alla discrezionalità normativa di questi ultimi ¹³.

Il tempo trascorso dall'approvazione della direttiva del 2000 ha, tuttavia, fatto emergere che le eccezioni legislative alla responsabilità previste per gli intermediari della rete telematica sono in effetti, almeno nel contesto unitario-europeo, molto meno ampie di

Emendamento, cfr. S. SICA, *Libertà di informazione e principi costituzionali*, in S. Sica-V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2009, 6 ss.

L'attività dei motori di ricerca, a differenza di quanto previsto dal DMCA, non è stata invece espressamente contemplata dalla direttiva 2000/31, con la conseguenza che, come notato in dottrina dal punto di vista dei rimedi per il caso di violazione dei diritti d'autore, « la natura ibrida dei servizi resi dai motori di ricerca obbliga sovente l'interprete a ricorrere agli strumenti dell'analoga e/o dell'omologazione, conducendo verso esiti mai uniformi, che trascurano la sostanziale originalità del fenomeno »: in tal senso, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *I motori di ricerca*, in AIDA, 2017, 395 ss.

¹⁰ L'art. 15, rubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza" dispone al primo comma che « Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite ».

¹¹ L'art. 14, rubricato "Hosting" dispone al primo comma che « Gli Stati membri

provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente 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'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso ».

¹² Cfr. il primo comma dell'art. 19 del TUE, ove si chiarisce che « gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione ».

¹³ Sulla infelicità di tale soluzione che avrebbe determinato una estrema frammentazione delle procedure di segnalazione e rimozione, cfr. A. KUCZERAWY, *The power of positive thinking: intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression*, CiTiP Working Paper 30/2017.

quanto a prima vista potesse apparire. Sul piano interpretativo del quadro normativo vigente, i giudici nazionali ¹⁴, chiamati ad applicare le misure di attuazione della direttiva 2000/31 ¹⁵, e la Corte europea di giustizia ¹⁶, interpellata dai primi, con lo strumento della pregiudiziale comunitaria ai sensi dell'art. 267 del TFUE, hanno, infatti, progressivamente circoscritto il regime di irresponsabilità ed hanno indicato al danneggiato dalla circolazione in rete di contenuti illeciti due sentieri rimediali da intraprendere, alternativamente o cumulativamente, nei confronti degli intermediari di Internet: quello classico della responsabilità civile per il fatto illecito altrui (ristabilito sia dalla prestazione di servizi non meramente tecnici o neutri ¹⁷ sia dalla mancata attivazione nella consapevolezza di essere veicolo di contenuti illeciti ¹⁸) e quello, di più recente emersione, della esperibilità, soprattutto a tutela delle private intellettuali, di provvedimenti inibitori ¹⁹ intesi a prevenire violazioni future, concessi indipendentemente dalla responsabilità

¹⁴ Da ultimo, ad esempio, cfr. la sentenza resa dalla UK Supreme Court il 13 giugno 2018 nel caso *Cartier International AG and others v. British Telecommunications Plc and other* [2018] UKSC 28 e la sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 15 marzo 2016, n. 40 (quest'ultima consultabile in questa Rivista, 2016, 122 ss. con nota di G. Giannone Codiglione).

¹⁵ Sul punto, cfr. P. VAN EECHE, *Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach*, in 48 Common Market Law Review (2011), 1455 ss.; P. VALCKE-M. LENAERTS-A. KUCZERAWY, *Who's Author, Editor and Publisher in User-Generated Content?* in *User Generated Content in Social Networking: Law, Rights and Policy*, Dublino, 2014, 83 ss.; S. STALLA-BOURDILLON, *Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing Internet intermediaries or all three at the same time: the dilemma of Internet intermediaries' liability*, in 7 *Journal of International Commercial Law and Technology* (2012), 162 ss.

¹⁶ È assai diffusa in dottrina la sensazione che la Corte di Giustizia UE ricalchi nella sostanza l'approccio adottato inizialmente dalle corti nazionali in assenza di un quadro normativo armonizzato, così frustrando lo spirito della direttiva 2000/31. Sul punto, cfr. P. VALCKE-A. KUCZERAWY-P. J. OMBELET, *Did the Romans Get it Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC Tele-Kabel Wien Have in Common*, in L. Floridi e M. Taddeo, *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, 2016, 101 ss.

¹⁷ Cfr. la sentenza resa dalla Corte di Giustizia UE il 23 marzo 2010 nelle cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, relative, rispettivamente, ai procedimenti nazionali *Google France c. Louis Vuitton Malletier*, *Google France c. Viaticum Luteciel* e *Google France c. CNRRH*.

¹⁸ Cfr. la sentenza resa dalla Corte di Giustizia UE il 12 luglio 2011 nella causa C-324/09, nel procedimento *L'Oréal c. eBay*.

¹⁹ Sul punto, cfr. T. E. SYNODINOU, *Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU: Evolutions and confusions*, 31 *Computer Law & Security Review* (2015), 59. La ricerca di profili rimediali da esperirsi nei confronti dei fornitori dei servizi di base di Internet sembra assumere i caratteri di una vera e propria tendenza peculiare al contesto unitario-europeo, soprattutto nell'ambito delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. I detentori delle private intellettuali hanno adottato, infatti, negli ultimi anni nuove strategie di contrasto alla pirateria digitale: tra queste si annoverano anche gli ordini inibitori richiesti contro i fornitori locali di accesso ad Internet ed i fornitori di servizi di memorizzazione in rete. La logica sottesa a questa strategia, che affonda la propria giustificazione sugli addebiellati normativi previsti dall'articolo 8 comma 3 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e dall'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà

per danni²⁰ ed i costi della cui esecuzione sono posti di norma a carico degli stessi intermediari²¹.

In una prospettiva *de iure condendo*, poi, da un canto, la diffusione in rete di contenuti tra i più allarmanti per i valori democratici (non di rado in assenza di un soggetto direttamente interessato alla loro effettiva rimozione²²) — quali, ad esempio, quelli di incitamento al terrorismo, di istigazione ad azioni xenofobe o razziste, di fomentazione dell'odio e della violenza, di sfruttamento della pornografia minorile, dell'organizzazione della tratta di esseri umani — e, d'altro canto, le novità tecnologiche che facilitano l'individuazione automatica e la rimozione immediata dei contenuti illeciti²³ hanno sollecitato, nell'organo istituzionalmente deputato all'iniziativa legislativa nell'Unione Europea, l'idea della necessità che i gestori delle piattaforme online — considerato anche il « ruolo centrale » da essi ricoperto « nella società²⁴ » — assumano maggiori responsabilità²⁵ (nell'accezione

intellettuale, è ben chiarita dal considerando n. 59 della direttiva 2001/29/CE, ove si precisa che « in molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti ». Giova osservare, come ben messo in luce in dottrina, che esonerare il provider da responsabilità patrimoniale ma obbligarlo ad adottare misure tecnologiche per monitorare (e in definitiva regolare) le attività degli utenti dei propri servizi conduce alle stesse conseguenze sulla libertà di espressione e sull'innovazione nel mercato digitale di una responsabilità civile diretta. Sul punto, cfr. S. STALLA-BOURDILLON, *Sometimes one is not enough!*, cit., 154; Sull'ampiezza e sulla generalità delle indicazioni apprestate dalle direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE con riferimento ai rimedi inibitori esperibili a tutela dei diritti di proprietà intellettuale, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, 249 ss.

²⁰ Sulla finalità sanzionatoria o di mera « assistenza » di tali misure, cfr. M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable But Not Liable*, 2017, 61 e 63. Per una panoramica sulla giurisprudenza della Corte europea di giustizia UE e sui bilanciamenti da essa effettuati tra diritto d'autore ed altri diritti fondamentali, cfr. A. STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli*

interessi, opzioni regolatorie europee e "modello italiano", in questa Rivista, 2015, 89 ss.

²¹ Il riferimento è alla pronuncia resa il 27 marzo 2014 dalla Corte di Giustizia UE nel caso *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* ed a quella resa il 15 settembre 2016 dalla Corte di Giustizia UE nel caso *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, causa C-484/14.

²² Il problema, in questo caso, è opportunamente segnalato dalla Corte EDU nella pronuncia della Grande Camera del 2015 resa nel caso *Delfi v. Estonia* su cui a breve ci si soffermerà nel testo. Al par. 158 si legge, infatti, che « moreover, depending on the circumstances, there may be no identifiable individual victim, for example in some cases of hate speech directed against a group of persons or speech directly inciting violence ».

²³ Cfr. il documento di lavoro della Commissione Europea, *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, SEC(2011) 1641 final, 50, dell'11 gennaio 2012, in cui si osserva che la questione principale riguardante l'articolo 15 della direttiva 2000/31 è in quale misura le ingiunzioni che impongono l'adozione di software di filtraggio siano compatibili con il divieto di obblighi generali di monitoraggio: se le tecniche di filtraggio fossero diventate infallibili e sostanzialmente prive di costi, allora il divieto di imporre obblighi generali di monitoraggio sarebbe diventato obsoleto.

²⁴ In questi termini, cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento eu-

stretta del termine inglese “*liability*” ed in quella più lata del termine “*accountability*”²⁶), intensifichino gli sforzi volti al contrasto dei « contenuti illegali online in cooperazione con le autorità nazionali, gli Stati membri e i portatori d’interessi pertinenti²⁷ » e agiscano in maniera « proattiv[a] nell’eliminazione » di tali contenuti.

A sospingere verso questa linea di tendenza al ridimensionamento della portata del regime di irresponsabilità prescelto allo scoccare del nuovo millennio dal legislatore unitario-europeo e, più in generale, all’assunzione da parte degli intermediari di un maggiore onere di controllo dei contenuti circolanti all’interno delle proprie piattaforme, sembra essersi aggiunta nell’ultimo lustro in misura sempre più copiosa l’elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’Uomo.

È all’esame di questa giurisprudenza che è dedicata la presente ricerca. Nell’affrontare, sotto il profilo della violazione del diritto alla libertà di espressione di cui all’art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950²⁸, temi quali quelli della responsabilità dei prestatori dei servizi di hosting e della ammissibilità di provvedimenti giurisdizionali volti all’oscuramento non di specifici contenuti, ma di intere piattaforme web e nel riportare i problemi posti dalla regolamentazione di Internet ad una questione di bilanciamento di diritti umani fondamentali (dei gestori delle piattaforme, dei loro utilizzatori e dei danneggiati), la Corte EDU ha alimentato — sia pure solo indirettamente²⁹ — il dibattito circa la necessità di

ropeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - *Lotta ai contenuti illeciti online - Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, 28 settembre 2017 COM(2017) 555 final, 3 ss.

²⁵ Sul piano legislativo a livello nazionale è pure riscontrabile siffatta tendenza. Si pensi, da ultimo, alla Legge tedesca per migliorare la tutela dei diritti sui social network (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) del 30 giugno 2017 entrata in vigore il 1° ottobre 2017 con cui si obbligano le piattaforme sociali con un numero di utenti superiore ad una certa soglia a rimuovere i contenuti manifestamente illeciti nell’arco delle 24 ore dalla segnalazione, pena l’erogazione di una sanzione amministrativa. Sul punto, cfr. J. M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, cit., 2 e 25. Per un commento sulla legge tedesca, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La nuova legge tedesca per l’enforcement dei diritti sui social media*, in questa *Rivista*, 2017, 728 ss.

²⁶ Cfr., sul punto, M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, cit., 2017, 14.

²⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - *Lotta ai contenuti illeciti online*, cit., 3.

²⁸ Sulla tutela che riceve la libertà di espressione nella giurisprudenza di Lussemburgo ed in quella di Strasburgo, cfr. P. SAMMARCO, *Libertà di espressione, comunicazioni pubblicitarie e loro restrizioni nella giurisprudenza comunitaria*, in questa *Rivista*, 2009, 474 ss.

²⁹ Ed invero, come osservato dal giudice della Corte EDU Robert Spano in un articolo di recente apparso sulla *Human Rights Law Review* (cfr. R. SPANO, *Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights*, 17 *Hum. Rts. L. Rev.* (2017), 665) « the Grand Chamber in *Delfi AS* has formulated certain general principles that may

un ripensamento o, comunque, di un aggiornamento³⁰ dell'impianto normativo della direttiva 2000/31³¹.

La prospettiva di indagine qui adottata, tesa a verificare con riguardo alle pronunce della Corte EDU le responsabilità dei soggetti chiamati ad assicurare il continuo fluire delle informazioni in Internet alla luce dell'art. 10 CEDU, appare doppiamente promettente. Innanzitutto per la ragione che la direttiva 2000/31 è figlia di un tempo in cui l'Unione europea di lì a breve si sarebbe dotata di una carta dei diritti fondamentali sua propria che, però, avrebbe acquisito valore vincolante solo nel 2008 con l'attribuzione ad essa, nel Trattato di Lisbona, di forza pari a quella dei Trattati³²: da questo punto di vista, sembra, dunque, allettante la possibilità di appurare se la Corte EDU sia riuscita ad imprimere al tema delle responsabilità riconnesse alle comunicazioni in Internet attraverso il prisma dei diritti umani fondamentali una dimensione "costituzionale"³³ che possa favorire, in assenza di « un approccio armonizzato e coerente alla rimozione dei contenuti illegali³⁴ », un processo virtuoso che conduca ad un maggior consenso europeo nella gestione dei contenuti che si vogliono escludere dalla rete³⁵. In secondo luogo, l'adozione di una tale

have an impact on the Contracting States' choice between these liability regimes ». Cfr. anche C. ANGELOPOULOS-S. SMET, *Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability*, 8 J. Media L. (2016), 266 ss., ove si nota che « far from the "horizontal" approach espoused by current secondary EU law, the notion of a "fair balance" speaks to the need for flexibility ».

³⁰ Cfr., in dottrina, C. ANGELOPOULOS-S. SMET, *Notice-and-Fair-Balance*, cit., 266 ss.; N. COX, *Delfi AS v Estonia: The Liability of Secondary Internet Publishers for Violation of Reputational Rights under the European Convention on Human Rights*, 77 Mod. L. Rev. (2014), 629, ove si legge, con riguardo alla prima pronuncia sezionale della Corte EDU resa nel caso *Delfi v. Estonia* ed alla sua compatibilità con il diritto inglese che « It can be suggested therefore that this is an area of law which is far from settled and, as the jurisprudence of the European Court of Human Rights in relation to reputation and privacy develops, it may be that English law will need to impose greater obligations on secondary internet publishers in this regard ».

³¹ Occorre dire che la Commissione europea nella sua comunicazione del 2016 sulle piattaforme online (cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Re-

gioni, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa* del 25.5.2016 COM(2016) 288 final) e in quella del 2017 sulla lotta ai contenuti illeciti online prima citata si è impegnata a mantenere un regime di responsabilità equilibrato e prevedibile per gli intermediari della rete, « come quadro normativo fondamentale a sostegno dell'innovazione digitale in tutto il mercato unico digitale ».

³² Su come i diritti fondamentali divengano adesso « perno del sistema e "valvola" che ne regola l'apertura verso l'esterno », cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in questa Rivista, 2015, 772 ss.

³³ Sul punto, cfr. J. GRIFFITHS, *Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law*, 38 European Law Review (2013), 65. Cfr., inoltre, G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, 2014, 14 ss.

³⁴ In tal senso, cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla lotta ai contenuti illeciti online, cit., 6 ss.

³⁵ Sul punto, cfr. M. CARTA, *Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza*

prospettiva offre l'opportunità di accertare la resilienza dei principi scolpiti nella direttiva 2000/31 da un punto di osservazione diverso da quello da cui essi sono stati prevalentemente scrutinati nell'elaborazione giurisprudenziale dell'altra Corte europea: la Corte di Giustizia UE, infatti, con la sola eccezione del caso *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd.*³⁶, ha esaminato i problemi della responsabilità degli intermediari della rete con riguardo alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale³⁷; un terreno, cioè, su cui esiste un più elevato grado di armonizzazione tra gli Stati membri UE ed in cui le richieste di rimozione provengono, in linea di massima, da “segnalatori attendibili”.

Ai fini della presente ricerca, si prenderà, dunque, in esame una serie di pronunce³⁸ occasionate sulla base di ricorsi individuali

giuridica europea ed internazionale, in questa *Rivista*, 2014, 5 ss. 8 ss., ove l'Autore nota come nella regolamentazione della Rete, e dei diritti che lì si esercitano, siano interessantissimi per l'interprete gli strumenti offerti dalla Convenzione europea del 1950. Processo, quello teso a realizzare una sempre maggiore convergenza normativa fra i sistemi di protezione dei diritti fondamentali in ambito europeo, già avviato da tempo dalla Corte EDU con riguardo al bilanciamento tra tutela della libertà di espressione e del diritto alla riservatezza e della vita privata del singolo. Sul punto, cfr. M. MARROSSI, *Il decalogo di Strasburgo su informazione e privacy: un passo verso una giurisprudenza uniforme?*, in questa *Rivista*, 2012, 416 ss.

³⁶ Corte di Giustizia UE, 11 settembre 2014, causa C-291/13, *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd.*

³⁷ Tale circostanza sembra rispecchiare, come notato in dottrina, il fatto che «l'Unione europea sconta [...] il limite di una genesi legata a ragioni economiche più che alla tutela dei diritti fondamentali, a differenza del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». In questi termini, O. POLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Law*, 1, 2018, 11 ss.; sul punto, cfr., P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giur. Cost.*, 2010, 5239 ss., specialmente 5244, ove l'Autore osserva che «sono state [...] soprattutto motivazioni legate ai traffici commerciali a militare contro forme di controllo che avrebbero impacciato la desiderata fluidità della Rete, per cui non v'è da meravi-

gliarsi se, più che da preoccupazioni etiche, a tutt'oggi, l'unica specifica disciplina in tema di responsabilità di chi opera con e su internet sia derivata dal fenomeno del commercio elettronico». Sul conflitto tra diritti fondamentali nel diritto unitario-europeo, specie con riferimento ai problemi posti dall'uso delle nuove tecnologie con riferimento al diritto d'autore, cfr. 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*, in questa *Rivista*, 2012, 297 ss., specialmente 300.

³⁸ Occorre dire che non si tratta affatto delle prime occasioni in cui la Corte EDU è stata chiamata ad affrontare, sotto diversi angoli di visuale, il problema della tutela della libertà di espressione e di manifestazione del pensiero in Internet, ma dell'ipotesi specifica in cui ad essere esaminato dal giudice sopranazionale è l'uso della rete fatto dagli internauti (e le connesse responsabilità degli intermediari) nelle modalità particolarmente interattive (condensate tradizionalmente nella locuzione “web 2.0”) che caratterizzano la sua attuale fruizione. Precedono questa giurisprudenza almeno tre pronunce della Corte EDU relativamente, però, ad altri aspetti delle comunicazioni in rete: *K.U. v. Finland* resa il 2 dicembre 2008, ricorso n. 2872/02 (circa la tutela spettante al minore per la pubblicazione in Internet di foto e di altre informazioni personali inserite da terzi in una rete di pedofili e circa i conseguenziali obblighi di rivelazione, incombenti sul provider di accesso alla rete, dell'indirizzo IP da cui hanno avuto origine quelle comunicazioni); *Times Newspapers Ltd v. the United King-*

esperiti ai sensi dell'art. 34 della CEDU³⁹. Nella prima parte di questo studio si guarderà alla giurisprudenza relativa alla responsabilità civile degli intermediari della rete per fatto illecito del terzo e nella seconda alla giurisprudenza relativa alla legittimità di provvedimenti giurisdizionali di blocco di specifiche (ed assai popolari) piattaforme web. Nel primo caso i ricorrenti sono i fornitori dei servizi di hosting condannati sul piano nazionale al risarcimento del danno o, viceversa, i danneggiati dall'uso della rete che non hanno trovato risposta risarcitoria sul piano nazionale; nel secondo i ricorrenti sono singoli internauti privati, sul piano nazionale, della possibilità di fruire di piattaforme web interamente oscurate, su intervento del giudice penale, a causa di isolate condotte illecite riconducibili, ancora una volta, non ai gestori delle piattaforme, ma ai terzi fruitori dei loro servizi.

2. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI FORNITORI DI SERVIZI DI HOSTING TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, TUTELA DELLA REPUTAZIONE DEL SINGOLO E DEI VALORI DEMOCRATICI: IL CONTROLLO “ESTERNO” DELLA CORTE EDU SULLA NORMATIVA DERIVATA EUROPEA.

Le osservazioni che immediatamente seguono hanno ad oggetto quattro pronunce rese dalla Corte EDU relativamente alla responsabilità di piattaforme web per i contenuti diffamatori, di incitamento all'odio e di appello alla violenza in esse inseriti da terzi: rispettivamente, le sentenze rese dalla Grande Camera della

dom (nn. 1 e 2) resa il 10 marzo 2009, ricorsi nn. 3002/03 e 23676/03 (circa gli obblighi di aggiornare le notizie contenute nell'archivio online di un quotidiano dando conto degli sviluppi delle vicende di cronaca pubblicate con riferimento a quegli articoli in relazione ai quali l'editore sia al corrente della pendenza di un'azione per diffamazione); *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine*, resa il 5 maggio 2011, ricorso n. 33014/05 (circa l'utilizzazione da parte di giornalisti di fonti internet non verificate). Sulla giurisprudenza della Corte EDU relativa ad Internet, cfr. M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, 62 ss. Sull'indirizzo IP, come dato personale del singolo, ai fini della individuazione del reale autore del fatto illecito in Internet nel dibattito unitario europeo, cfr. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Indirizzo IP, reti wi-fi e responsabilità per illeciti commessi da terzi*, in questa *Rivista*, 2013, 107 ss.

³⁹ Ai sensi dell'art. 34, rubricato “ricorsi individuali”, «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una per-

sona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto». Per giurisprudenza collaudata della Corte EDU, il diritto al ricorso individuale di cui all'art. 34 rappresenta «una delle garanzie fondamentali della effettività del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani. Da ciò deriva che tale disposizione debba essere interpretata avendo riguardo al carattere speciale della Convenzione quale Trattato per la garanzia collettiva dei diritti umani e delle libertà fondamentali». Cfr. in tal senso, la pronuncia resa dalla Grande Camera il 4 febbraio 2005 nel caso *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ricorsi n. 46827/99 e 46951/99. In dottrina, circa l'inammissibilità nel sistema CEDU di azioni collettive basate sulla tutela di interessi generali (“*actio popularis*”) cfr. G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, cit., 32.

Corte EDU il 16 giugno 2015 nel caso *Delfi v. Estonia*, dalla quarta sezione il 2 febbraio 2016 nel caso *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary* e le decisioni di irricevibilità del ricorso per manifesta infondatezza rese dalla terza sezione il 9 marzo 2017 nel caso *Pihl v. Sweden* e dalla prima sezione il 12 ottobre 2017 nel caso *Tamiz v. UK*.

In tale primo gruppo di sentenze gli Stati convenuti sono tutti contestualmente Paesi membri dell'Unione europea; Paesi membri, dunque, che annoverano quale diritto applicabile alle fattispecie esaminate le apposite misure di attuazione adottate (in adempimento degli obblighi discendenti dalla partecipazione all'Unione europea) in relazione alla direttiva 2000/31⁴⁰.

Si entra, dunque, in un terreno molto delicato⁴¹: quello, cioè, relativo al controllo "esterno" che sarebbe indirettamente⁴² affidato alla Corte EDU sul diritto dell'Unione (quantomeno nella sua trasposizione nazionale⁴³). Com'è noto infatti, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, non essendo stato portato a termine il processo di adesione previsto dal comma 2 dell'art. 6 TUE⁴⁴, a differenza di quanto avviene nei confronti degli Stati membri UE in quanto parti contraenti della Convenzione, non ha

⁴⁰ Non a caso il *leading case* reso dalla Grande Camera nel caso *Delfi v. Estonia* è annoverato nella "scheda informativa sulla giurisprudenza relativa all'Unione europea" presente sul sito-web del Consiglio d'Europa.

⁴¹ Terreno che ha già determinato una grande battuta di arresto nel progetto di adesione dell'Unione europea alla CEDU. Ed invero, nel parere negativo espresso dalla Corte europea di giustizia il 18 dicembre 2014 (parere 2/2013) i motivi di incompatibilità dell'accordo di adesione con i Trattati istitutivi concernevano fondamentalmente la violazione del principio di autonomia dell'ordinamento dell'Unione che pretenderebbe che i rapporti interni tra Stati membri ed Unione siano regolati esclusivamente dal diritto unitario-europeo e che la Corte EDU non abbia alcuna competenza ad interpretare ed applicare il diritto dell'Unione. Sulla bozza di accordo di adesione poi scartata, cfr. C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, cit., 53 ss.

⁴² Un controllo "esterno" diretto è per il momento precluso dalla mancata adesione alla CEDU. Ove si perfezionasse tale adesione, però, al pari di qualsiasi altra Parte contraente, l'Unione europea sarebbe sottoposta ad un controllo esterno avente ad

oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà che l'Unione si impegnerebbe a tutelare a norma dell'articolo 1 della CEDU. In tale contesto, l'Unione e le sue istituzioni, ivi compresa la Corte, sarebbero sottoposte ai meccanismi di controllo previsti da tale Convenzione e, in particolare, alle decisioni e alle sentenze della Corte EDU. Cfr., in tal senso, il par. 181 del parere 2/2013 della Corte europea di giustizia prima citato.

⁴³ Ed effettivamente la Corte EDU nella pronuncia del 2015 nel caso *Delfi v. Estonia* ha osservato al paragrafo 58 che « from the information available to the Court, it would appear that in a number of the member States of the Council of Europe - being also member States of the European Union - the Directive on Electronic Commerce, as transposed into national law, constitutes a primary source of law in the area in question ».

⁴⁴ Norma espressamente inserita nel Trattato di Lisbona al fine di munire di base giuridica il processo di adesione dell'Unione alla CEDU e di superare il parere negativo formulato il 28 marzo 1996 dalla Corte di Giustizia UE (n. 2/94), in cui era stato rilevato come i Trattati istitutivi non attribuivano all'Unione competenza alcuna nel campo della tutela dei diritti dell'uomo (cfr. specialmente parr. 34 e 35). Sul punto, cfr. G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2016, 233; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, 155;

forza vincolante diretta nei confronti dell'Unione e spiega, pertanto, solo per via indiretta effetti nell'ordinamento unitario-europeo.

Tale terreno già di per sé molto delicato è reso ancora più difficile dal fatto che la Corte EDU è stata chiamata a valutare, nelle fattispecie che adesso si passa ad esaminare, profili di diritto dell'Unione sui quali la Corte di Giustizia UE non ha ancora avuto modo di pronunciarsi preliminarmente ai sensi dell'art. 267 TFUE ⁴⁵.

2.1. *Incitamento all'odio, appello alla violenza e doveri di monitoraggio dei contenuti generati dagli utenti: la sentenza resa il 16 giugno 2015 dalla Grande Camera della Corte EDU nel caso Delfi v. Estonia.*

Il punto di avvio di queste riflessioni non può che essere il duplice intervento della Corte EDU nel caso *Delfi v. Estonia*. Si tratta, infatti, della prima occasione in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a confrontarsi con il tema della responsabilità civile degli intermediari della rete e, in particolare, con l'interrogativo circa la compatibilità con la libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU di una pronuncia di condanna, resa sul piano nazionale, al risarcimento del danno non patrimoniale (per fatti illeciti riconducibili a terzi) di un grande portale di informazione che operava nella veste sia di editore sia di piattaforma di memorizzazione di contenuti realizzati dai propri utenti: all'atti-

A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 668; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 645 ss. Giova ricordare che anche la CEDU, in vista dell'adesione dell'Unione, è stata modificata. Il nuovo testo dell'art. 59 CEDU prevede, infatti, al secondo comma, che « L'Unione europea può aderire alla presente Convenzione ». Sul punto, cfr. C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, cit., 48 ss.

⁴⁵ Si è già segnalato in una nota precedente come l'autonomia del diritto dell'Unione nell'interpretazione e nell'applicazione dei diritti fondamentali sia uno dei punti che hanno determinato il parere negativo della Corte di Giustizia UE riunita in Seduta Plenaria sull'accordo di adesione alla Convenzione del 1950. Al par. 176 del parere 2/2013 si osserva, infatti, che la chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'UE

« è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati ». Cfr. anche i parr. 196 e 197 del parere 2/2013, ove si paventa il rischio che siano pregiudicate l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE. Sul ruolo "additivo" della Corte di Giustizia UE e sulla competenza decentrata delle corti nazionali nella struttura multilivello delle fonti, cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le « libertà fondamentali » dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 730. Sul punto, cfr. anche G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, cit., 14 ss.

vità, propria dell'editore, consistente nel pubblicare online articoli di giornale si accompagnava, infatti, la messa a disposizione degli utenti della piattaforma di appositi spazi ove questi ultimi avrebbero potuto commentare le notizie ed esporre il proprio punto di vista.

Segnatamente la fattispecie aveva ad oggetto il ricorso della società *Delfi* avverso la condanna definitiva resa dal giudice nazionale al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto da un membro del consiglio di amministrazione di una società di navigazione diffamato da diversi commenti anonimi apposti a margine di un'inchiesta giornalistica ⁴⁶ (definita, da parte dei giudici nazionali e da quelli di Strasburgo, "ben equilibrata") pubblicata sulla piattaforma web direttamente dal provider ⁴⁷. I commenti controversi rimasero in rete per sei settimane e furono rimossi dal provider immediatamente dopo la segnalazione effettuata dal danneggiato.

Sul piano interno, il portale, sebbene munito di un sistema di rimozione dei contenuti illeciti su segnalazione ("*notice and take down*") e di un software volto alla rimozione automatica dei commenti formulati con termini osceni o lascivi, fu condannato al risarcimento del danno alla stregua dei principi della responsabilità editoriale per non essersi attivato, di propria iniziativa, per la tempestiva rimozione dei contenuti diffamatori ⁴⁸; nonostante una iniziale pronuncia favorevole al convenuto nel giudizio di

⁴⁶ All'articolo di denuncia dell'operato della società armatrice, accusata di aver consentito alle proprie navi di percorrere una rotta attigua ad una *ice-road*, impedendo il consolidamento del ghiaccio e, dunque, l'apertura di una importante breccia di comunicazione per quella regione, seguirono, nello spazio dedicato della piattaforma, 185 commenti, di cui una ventina contenenti offese e minacce personali indirizzate all'attore nel procedimento nazionale.

⁴⁷ Si noti che *Delfi*, all'epoca dei fatti, pubblicava quotidianamente oltre trecento articoli, a chiusura dei quali i lettori avrebbero potuto aggiungere i propri commenti: il portale riceveva circa 10.000 commenti al giorno, la maggior parte dei quali pubblicata in maniera anonima. Sull'anonimato in rete e sulle connesse responsabilità dell'intermediario, cfr. G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2014, 171 ss.

⁴⁸ Secondo una prassi comune a tali piattaforme, una sezione del portale era,

poi, dedicata alla descrizione delle regole cui gli utenti si sarebbero dovuti attenere nel commentare le notizie presenti sul sito: in essa si avvertiva il lettore che lo spazio messo a disposizione era un semplice ausilio tecnico; che i commenti erano pubblicati in via automatica; che l'autore di essi sarebbe stato chiamato a sopportarne le conseguenze giuridiche in caso di violazione dei diritti altrui; che era vietata la pubblicazione di minacce, di insulti, di espressioni di incitamento alla violenza, all'odio o al compimento di attività illecite; che non erano ammesse espressioni oscene e volgari; che era proibita la diffusione di messaggi pubblicitari e, in genere, di comunicazioni fuori quadro rispetto alla notizia commentata. Nei termini di utilizzo della piattaforma, il portale si riservava, dunque, il diritto di rimuovere quei commenti non conformi alle regole per la pubblicazione e di restringere l'accesso agli utenti che le avessero violate. Per il giudice interno, tali condizioni di utilizzo ed il diritto alla rimozione dei contenuti che la piattaforma si era riservata sarebbero stati ulteriori indici di attività editoriale.

primo grado⁴⁹ incentrata sull'applicazione della normativa interna di recepimento della direttiva 2000/31, infatti, la Corte d'Appello di Tallinn, con sentenza del 16 dicembre 2008, e, su ricorso del provider, la Suprema Corte estone, con sentenza del 10 giugno del 2009, condannarono al risarcimento del danno non patrimoniale la società ricorrente alla stregua del regime di responsabilità oggettiva previsto per gli editori. Fu, infatti, deciso che la piattaforma, anche con riguardo allo spazio offerto agli internauti per commentare le notizie, andasse qualificata come un fornitore di contenuti e che, in quanto tale, non avrebbe potuto beneficiare dell'esenzione da responsabilità prevista dalla direttiva 2000/31: decisive, per il giudice interno, furono le circostanze che il portale esercitasse un certo grado di controllo sui contenuti pubblicati dai propri utenti (consistente nell'adozione degli accorgimenti prima descritti) e che esso traesse un beneficio economico dai commenti dei lettori riconducibile alla vendita di spazi pubblicitari il cui valore sarebbe stato influenzato dal numero complessivo di visitatori del sito (ivi inclusi, dunque, coloro che vi accedevano per scrivere o per leggere i commenti).

È in tale cornice che la Corte EDU è stata chiamata a valutare se si fosse pervenuti sul piano nazionale ad un corretto bilanciamento tra la libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU dell'intermediario ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare del danneggiato di cui all'art. 8 CEDU: se fosse stato raggiunto, cioè, il giusto equilibrio tra due diritti non assoluti che, « in via di principio », per giurisprudenza consolidata della Corte EDU, meritano eguale rispetto⁵⁰.

La questione è stata affrontata dalla Corte EDU in due distinte occasioni: inizialmente dalla prima sezione e, su richiesta di rinvio da parte del ricorrente ai sensi dell'art. 43 CEDU, per le importanti questioni di interesse generale sottese alla pronuncia, dalla Grande Camera.

Basterà qui prendere in esame la pronuncia resa il 16 giugno 2015 in quest'ultima composizione⁵¹ che ricalca le conclusioni e

⁴⁹ In primo grado, con sentenza del 25 giugno 2007, fu esclusa ogni responsabilità del provider. Il giudice ritenne, infatti, che l'attività di fornitura a terzi di uno spazio destinato al commento delle notizie fosse un'attività separata rispetto a quella giornalistica effettuata all'interno dello stesso portale; con riferimento alla prima, invero, avrebbe dovuto essere applicata la normativa interna traspositiva della direttiva europea sul commercio elettronico: il ruolo del provider, infatti, era stato giudicato meramente tecnico e passivo.

⁵⁰ Cfr., in questo senso, Corte EDU, Grande Camera, 16 giugno 2015, *Delfi v.*

Estonia, ricorso n. 64569/09, par. 27. Nello stesso senso, cfr. *Hachette Filipacchi Asso- cie's (ICI PARIS) v. France*, 23 luglio 2009, ricorso n. 12268/03, par. 41; *We.grzynowski and Smolczewski v. Poland*, 16 luglio 2013, ricorso n. 33846/07, par. 56. Per una recente rassegna di giurisprudenza su libertà di espressione e reputazione, cfr. F. BARRA CARACCILO, *La tutela della personalità in Internet*, in questa *Rivista*, 2018, 201 ss.

⁵¹ Giova ricordare che — come si apprende dal Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 — una parte solleva una « questione relativa all'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli » qualora sia

approfondisce i principi (ivi inclusi i parametri alla cui stregua valutare la proporzionalità della misura restrittiva della libertà di espressione rispetto all'obiettivo legittimo perseguito) già espressi dalla pronuncia sezionale del 10 ottobre 2013⁵².

Com'è noto, con riferimento all'ampio ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU la Corte di Strasburgo, al fine di verificare se l'ingerenza da parte delle autorità pubbliche nella libertà di espressione possa essere ritenuta o meno ammissibile, verifica se questa possa dirsi "prevista dalla legge" (il cosiddetto test di legalità), se essa persegua uno o più tra gli obiettivi legittimi enumerati dal secondo comma dell'art. 10 CEDU e se essa possa essere considerata « necessaria nell'ambito di una società democratica » (il cosiddetto test di necessità, incentrato sostanzialmente sul rinvenimento di un giusto equilibrio tra misura adottata e scopo legittimo perseguito).

Con riferimento al primo stadio del controllo, relativo alla compatibilità della condanna al risarcimento del danno non patrimoniale con il principio di legalità, la Corte EDU, assodato, sulla base delle risultanze processuali della sentenza di ultima istanza nazionale, che la pubblicazione, tanto degli articoli, quanto dei commenti ad essi apposti dagli utenti, potesse essere intesa come espressione di attività di tipo giornalistico, ha ritenuto fuori

in giuoco una questione importante sulla quale la Corte non si è ancora pronunciata o che, in ogni caso, costituisce una questione importante per l'evoluzione della giurisprudenza e l'esame dei casi futuri. In questi termini, cfr. S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, 731.

⁵² Sentenze, quella della prima sezione del 10 ottobre 2013 e quella della Grande Camera del 16 giugno 2015, ampiamente commentate e criticate. Cfr. R. ALMA, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in questa Rivista, 2014, 242 ss.; F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in questa Rivista, 2014, 43 ss.; B. VAN DER SLOOT, *The Practical and Theoretical Problems with Balancing: Delfi, Coty and the Redundancy of the Human Rights Framework*, 23 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* (2016), 439; J. T. PAPP, *Liability for Third-Party Comments before the European Court of Human Rights - Comparing the Estonian Delfi and the Hungarian Index-MTE Decisions*, Hungarian Y.B. Int'l L. & Eur. L. (2016), 315; G. E. VIGEVANI, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c.*

Estonia, in Forum di Quaderni Costituzionali, 4-2-2014; N. COX, *Delfi AS v Estonia*, cit., 619; J. HALL, *User-Generated Content on the Internet, and Intermediary Liability for the Dissemination of Unlawful Comments in the European Court of Human Rights*, Nottingham Law Journal, 2017, 103 ss.; L. NANNIPIERI, *L'aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, 13-1-2014, in <http://www.media.laws.eu/laggiunta-di-commenti-offensivi-in-calce-ad-un-articolo-di-un-portale-informativo-online-in-una-recente-sentenza-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo/> M. BASINI, *La Rilettura Giurisprudenziale della Disciplina sulla Responsabilità Internet Service Provider: verso un Modello di Responsabilità Complessa*, Bocconi Legal Papers, 5, 2015, 39 ss.; M. E. GRIFFITH, *Downgraded to Netflix and Chill: Freedom of Expression and the Chilling Effect on User-Generated Content in Europe*, 22 *Colum. J. Eur. L.* (2016), 355 ss.; R. SPANO, *Intermediary Liability*, cit., 665; G. F. FROSIO, *The Death of No Monitoring Obligations*, 8 *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.* (2017), 199 ss.; A. CALLAMARD, *Are Courts Re-Inventing Internet Regulation*, 31 *Int'l Rev. L. Computers & Tech.* (2017), 323.

quadro rispetto alla fattispecie esaminata la normativa estone traspositiva della direttiva sul commercio elettronico e, dunque, applicabili le norme nazionali in materia di responsabilità editoriale ⁵³.

L'ingerenza apparve, dunque, riconducibile ad una normativa considerata "accessibile" e "prevedibile" da parte del ricorrente. Un grande editore professionale — è il ragionamento della Corte di Strasburgo — avrebbe, infatti, dovuto conoscere la regolamentazione di settore e le relative prassi applicative dei giudici interni ⁵⁴.

Appurata la sussistenza della base legale, la Corte ha giudicato soddisfatto anche il secondo stadio del controllo operato sulla limitazione alla libertà di espressione. La restrizione, infatti, sembrò giustificata dall'esigenza di proteggere non solo la reputazione del singolo (obiettivo legittimo ricollegato dalla giurisprudenza di Strasburgo agli interessi tutelati dall'art. 8 CEDU), ma anche i valori della società democratica nel suo complesso ⁵⁵; i commenti furono, infatti, genericamente riqualificati (senza che fosse effettuata, cioè, una specifica valutazione delle singole espressioni utilizzate dagli internauti ⁵⁶) dalla Corte EDU come espres-

⁵³ Il punto è chiarito nella pronuncia del 10 ottobre 2013: cfr. il par. 74, ove si legge, infatti, che « as regards the applicant company's argument that its liability was limited under the EU Directive on Electronic Commerce and the Information Society Services Act, the Court notes that the domestic courts found that the applicant company's activities did not fall within the scope of these acts. The Court reiterates in this context that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention ».

⁵⁴ Il punto avrebbe meritato ampia trattazione, considerato che il giornale online consentiva al suo lettore di essere contemporaneamente fruitore e produttore di contenuti informativi, dando luogo così ad una delle tante forme di giornalismo partecipativo oggi comuni in rete. Sul punto, con riferimento al giornalismo partecipativo e alla impossibilità di equipararlo alla stampa e di assoggettarlo alle norme per l'editoria, cfr. P. SAMMARCO, *Profili giuridici della stampa on-line*, in *Gazzetta forense*, 2015, 10 ss., ove l'Autore osserva che « il giornalismo on-line incarna il cd. giornalismo partecipativo, in cui i lettori/utenti contribuiscono alla realizzazione dei contenuti infor-

mativi, attraverso la pubblicazione di post, di commenti, messaggi istantanei, forum, di sondaggi, rendendo, in questo modo, assai più ampia la base informativa, così da far diventare inesigibile un controllo continuo, pregnante e completo da parte del direttore responsabile ». Sul punto cfr., inoltre, P. COSTANZO, *Quali garanzie costituzionali per gli interventi rimediali in rete*, in questa *Rivista*, 2013, 17 ss., specialmente, 23 ss.; *Ib.*, *Ancora a proposito dei rapporti tra diffusione in Internet e pubblicazione a mezzo stampa*, in questa *Rivista*, 2000, 653 ss.

⁵⁵ Cfr. *Delfi v. Estonia*, par. 158, ove si rileva che « however, in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court's case-law [...], the Court considers, as stated above [...], that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties ».

⁵⁶ Cfr. il par. 14 dell'opinione dissidente, ove si osserva che « the question of the extent to which such comments amount to a real threat would have deserved proper

sioni non già solo diffamatorie, ma di incitamento all'odio e di appello alla violenza; come forme di manifestazione del pensiero, dunque, che si collocano al di fuori della libertà garantita dall'art. 10 CEDU (non sarebbe stato, pertanto, necessario accertare la violazione della libertà di espressione degli autori diretti delle affermazioni controverse ⁵⁷).

La Corte ha, infine, ritenuto superato con esito positivo anche il test di necessità. In altri termini, ha giudicato che l'ingerenza operata dallo Stato-giudice attraverso la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale rispondesse ad un bisogno sociale imperioso e che essa fosse proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito.

In particolare, la verifica del rispetto del principio di proporzionalità ha comportato un parziale adeguamento dei « doveri e delle responsabilità », richiamati già dal secondo comma dell'art. 10 CEDU con riferimento alla libertà di espressione in genere, alle peculiarità delle comunicazioni in rete, soprattutto nel caso in cui l'esercizio della libertà di espressione vada valutato con riferimento alle attività degli intermediari (« *protagonists playing an intermediary role on internet* »).

In tale caso, per la Grande Camera il giudice nazionale, nell'effettuare l'operazione di bilanciamento tra i diritti fondamentali di cui agli artt. 8 e 10 CEDU, è chiamato a prendere in esame il contesto in cui si inseriscono i commenti, la possibilità di far valere la responsabilità degli autori diretti di essi in alternativa a quella dell'intermediario, le misure adottate da quest'ultimo al fine di prevenire la pubblicazione o di rimuovere i commenti illeciti, le ripercussioni della pronuncia di condanna al risarcimento del danno sul modello economico prescelto dall'intermediario.

Applicando tali linee guida, la Corte EDU ha reputato che fosse stato raggiunto un "giusto equilibrio" tra la libertà di informa-

analysis. However, the judgment simply accepts the findings of the Supreme Court, which says only that the illegality of the comments is manifest (and then, like the judgment, characterises them in different ways) ».

⁵⁷ La differenza tra espressioni di incitamento all'odio ed appello alla violenza ed affermazioni meramente diffamatorie sta nel fatto che solo le prime sono completamente al di fuori dello spettro applicativo dell'art. 10 CEDU; le seconde, al contrario, potrebbero essere meritevoli di un bilanciamento tra il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero ed il diritto alla reputazione. I discorsi d'odio talora integrano per

la Corte EDU l'ipotesi dell'abuso del diritto di cui all'art. 17 CEDU: lo scopo di quest'ultima disposizione è, infatti, quello di impedire che possa beneficiare delle garanzie della Convenzione colui che intenda avvalersene per perseguire un obiettivo contrario ai valori di fondo da essa protetti. Sulla riluttanza della Corte EDU, a differenza della Corte suprema statunitense, ad accordare protezione ai sensi dell'art. 10 CEDU al discorso d'odio, cfr. G. RESTA, *La giurisprudenza della corte di Strasburgo sulla libertà d'informazione e la sua rilevanza per il diritto interno: il caso dei processi mediatici*, in questa Rivista, 2012, 163 ss., specialmente 166.

zione della piattaforma, da un lato, ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare del danneggiato, dall'altro.

Ed infatti, secondo la lettura proposta dai giudici di Strasburgo, i commenti andavano contestualizzati quali forme di incitamento all'odio e di appello alla violenza (e, dunque, come « forme di manifestazione del pensiero palesemente illecite ⁵⁸ »); il rimedio spettante al danneggiato consistente nella sola responsabilità degli autori diretti del fatto illecito, avrebbe rischiato di lasciare quest'ultimo dinanzi ad una tutela dagli esiti incerti (aggravata dalla circostanza che la piattaforma avesse consentito l'inserimento di commenti anonimi) ⁵⁹; un sistema di segnalazione e rimozione (“*notice and take down*”) non può essere considerato una misura adeguata a contrastare la disseminazione dei discorsi d'odio (ove un grande portale di informazione sia gestito su base professionale ed a fine di lucro ⁶⁰ è, piuttosto, necessario adottare accorgimenti efficaci diretti a contrastare tali discorsi « senza ritardo successivamente ⁶¹ alla pubblicazione » ⁶²); una pronuncia di condanna ad un risarcimento di importo modesto (circa 320 euro) non può

⁵⁸ Forme di manifestazione del pensiero, dunque, non assistite dalla garanzia di cui all'articolo 10 CEDU: non sarebbe occorsa, dunque, da parte della piattaforma alcuna competenza linguistica o alcuna valutazione giuridica diretta a stabilire se i commenti fossero stati di natura illecita (cfr. in tal senso il par. 115).

⁵⁹ A tale stregua, come già rilevato dalla Corte con riguardo ai media tradizionali (cfr. *Krone Verlags GmbH & Co. KG v. Austria* (no. 4), 9 novembre 2006, ricorso n. 72331/01, par. 32), « spostare il danno dalla persona diffamata all'imprenditore, che di solito versa in una posizione economica migliore » non integra un'ingerenza sproporzionata rispetto al diritto alla libertà di espressione: cfr., in questi termini, la pronuncia della Grande Camera del 2015 al par. 151.

⁶⁰ L'interesse economico di *Delfi* è messo in luce ai parr. 112 e 115 e specialmente 128. Tuttavia dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa alla libertà di espressione si ricava che è irrilevante se la libertà di espressione venga esercitata al fine di trarne profitto: in questo senso, cfr. *Société De Conception De Presse Et D'édition Et Ponson c. France*, 5 marzo 2009, ricorso n. 26935/05, par. 33; *Autronic AG v. Switzerland*, 22 maggio 1990, ricorso n. 12726/87, par. 47; *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 novembre 1989, ricorso n. 10572/83; *Groppera Radio*

AG and Others v. Switzerland, 28 marzo 1990, ricorso n. 10890/84. In dottrina, cfr. sul punto, M. HUSOVEC, *General monitoring of third-party content: compatible with freedom of expression?* 11 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (1) (2016), 17 ss.; D. VOORHOOF, *Delfi AS v. Estonia: Grand Chamber confirms liability of online news portal for offensive comments posted by its readers*. Strasbourg Observers, 2015 disponibile online al seguente indirizzo <http://strasbourgobservers.com/2015/06/18/delfi-as-v-estonia-grand-chamber-confirms-liability-of-online-news-portal-for-offensive-comments-posted-by-its-readers/>

⁶¹ Cfr. par. 153. Si noti che, sul punto, la sentenza resa il 10 ottobre 2013 dalla I sezione della Corte EDU è ancora più severa in quanto richiede l'applicazione di misure atte non solo ad intervenire successivamente alla pubblicazione di tali forme di espressione, ma anche a prevenirle: cfr. *Delfi v. Estonia*, 10 ottobre 2013, par. 87.

⁶² Si noti però che tale approccio stride fortemente con un altro passaggio della sentenza in cui si ritiene che *Delfi* abbia esercitato un notevole grado di controllo sui commenti pubblicati sul suo portale (par. 145) e che dunque meriti l'applicazione del regime dedicato agli editori. E un ragionamento che innescava un circolo vizioso: maggiore sarà il grado di controllo esercitato dal portale — e dunque il grado di diligenza prestato — minori saranno le chance di essere giudicato un operatore neutrale. La possibilità di scelta per l'operatore diviene,

avere l'effetto di imporre all'operatore un mutamento del proprio modello imprenditoriale.

2.2. *Una parziale distensione dei principi affermati dalla Grande Camera: la sentenza resa nel caso MTE and Index.hu Zrt v. Hungary e la sufficienza di una procedura di “notice and take down” ove non ricorrano discorsi d’odio.*

Nello stretto giro dei due anni successivi alla sentenza resa dalla Grande Camera nel caso *Delfi v. Estonia* la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi sul bilanciamento tra libertà di espressione in Internet e tutela della reputazione altrui in ben tre occasioni. Sebbene si sia pervenuti ad esiti opposti rispetto a quello della sentenza esaminata nel paragrafo precedente, solo nel caso *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*⁶³ la Corte si è espressa nel merito. I due rimanenti ricorsi, cui sarà dedicato il paragrafo successivo, sono stati, invece, giudicati manifestamente inammissibili.

La fattispecie ad oggetto della pronuncia resa dalla Corte EDU il 2 maggio 2016 nel caso *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary* concerneva l'ingerenza nella libertà di espressione addebitabile allo Stato-giudice per aver condannato al risarcimento del danno due portali di informazioni per i commenti diffamatori apposti dai propri utenti, in spazi dedicati e solo parzialmente moderati delle piattaforme, a chiosa di un'inchiesta (pubblicata negli stessi identici termini dai due siti web) in cui si denunciava, rimanendo entro i limiti del diritto di cronaca, la presunta frode operata ai danni dei consumatori da un sito web di intermediazione immobiliare. Anche in questa occasione, i portali condannati dal giudice interno al risarcimento del danno per il discredito commerciale patito dal sito di intermediazione immobiliare avevano approntato, al fine di tutelare la reputazione dei terzi (e, dunque, i diritti tutelati dall'art. 8 CEDU), delle procedure autoregolamentate di “notice and take down” e si erano riservati, nelle condizioni di utilizzo del servizio, il diritto di rimuovere quei commenti che fossero apparsi contrari alla loro linea politico-culturale.

Con riguardo al primo stadio del controllo operato dalla Corte EDU (l'accertamento, cioè, della base legale a fondamento della

dunque, solo apparente, dando vita ad una situazione paradossale: sul punto, cfr. A. KUCZERAWY-J. AUSLOOS, *NoC Online Intermediaries Case Studies Series: European Union and Google Spain*, 2015, disponibile online al seguente indirizzo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2567183>. P. VALCKE-A. KUCZERAWY-P. J. OMBELET, *Did the Romans Get it Right?*, cit., 101 ss., 16; M. HUSOVEC, *General monitoring of third-party content*,

cit., 17 ss.; S. STALLA-BOURDILLON, *On Delfi v Estonia... Is it time to adopt a good-Samaritan style exemption?*, 2015, <https://peepbeep.wordpress.com/2015/06/19/on-delfi-v-estonia-is-it-time-to-adopt-a-good-samaritan-style-exemption/>

⁶³ *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, 2 febbraio 2016, ricorso n. 22947/13.

limitazione apportata alla libertà di espressione) il ragionamento è perfettamente sovrapponibile a quello della pronuncia della Grande Camera. La Corte ha arrestato, infatti, la propria indagine al regime normativo applicato dal giudice interno ⁶⁴: il regime generale di responsabilità civile previsto per gli editori tradizionali ⁶⁵ e non la normativa traspositiva della direttiva sul commercio elettronico invocata dal ricorrente. Come nella pronuncia del 2015, anche in quella adesso in esame, l'attività di porre a disposizione degli utenti di Internet uno spazio in cui poter liberamente commentare le notizie è, pertanto, inquadrata dalla Corte EDU nell'ambito delle scelte editoriali con conseguente applicazione del regime giuridico dedicato ⁶⁶.

A differenza che nella pronuncia prima esaminata, tuttavia, la Corte ha valutato come contraria all'art. 10 CEDU l'ingerenza della sentenza di condanna nella libertà di informazione dei due portali dal punto di vista del terzo stadio del controllo: il test di necessità.

La Corte, nel valutare se la limitazione della libertà di espressione dei ricorrenti fosse necessaria nel contesto di una società democratica, ha incentrato il proprio esame sulle linee guida enunciate dalla Grande Camera nel precedente del 2015 ed ha ritenuto (quanto al contesto dei commenti) che non si trattava di forme di incitamento all'odio o alla violenza, ma solo di espressioni volgari ed offensive riconducibili allo sfogo degli internauti truffati dal danneggiato; (quanto alla possibilità di far valere la responsabilità degli autori diretti dei commenti) che il giudice nazionale non aveva appurato che quest'ultimo potesse effettivamente agire nei confronti di essi; (quanto alle misure applicate dall'intermediario al fine di prevenire o di rimuovere i commenti diffamatori) che, non ricorrendo discorsi d'odio, i sistemi di

⁶⁴ La Corte si è, infatti, accontentata di ritenere che le previsioni normative del codice civile ungherese rendessero prevedibili, sia per un grosso portale di informazioni, sia per un organismo di autoregolamentazione dei *content provider* (i due ricorrenti dinanzi la Corte EDU) le responsabilità ricollegabili all'attività di porre a disposizione dei terzi uno spazio sul quale inserire i commenti alle proprie notizie.

⁶⁵ Analogamente a quanto avvenuto nel caso *Delfi*, i giudici nazionali ravvisarono: che il beneficio esonerativo della responsabilità previsto dalla direttiva 2000/31 non potesse trovare applicazione (per la ragione — riportata dai giudici di Strasburgo — che tale plesso normativo riguarderebbe esclusivamente comunicazioni elettroniche di natura commerciale e, in particolare, comunicazioni aventi ad oggetto acquisti o scambi di beni su Internet); che i

convenuti avrebbero dovuto rispondere oggettivamente per il solo fatto di aver permesso la pubblicazione dei commenti dei terzi; che nessuna rilevanza, dal punto di vista dell'*an* della responsabilità, avrebbe avuto la circostanza che i commenti fossero stati rimossi prontamente dai provider non appena venuti effettivamente a conoscenza della presunta illiceità dei messaggi ospitati sul proprio portale.

⁶⁶ Ed invero, si legge nella pronuncia che « the applicants' conduct must be assessed in the light of the principles applicable to the press ». Il punto è reso ancora più chiaro in un successivo passaggio (cfr. par. 79), ove si afferma che « for the Court, the conduct of the applicants providing platform for third-parties to exercise their freedom of expression by posting comments is a journalistic activity of a particular nature ».

segnalazione e rimozione adottati dalle piattaforme avrebbero potuto essere fruttuosamente adoperati per proteggere la sua reputazione; (quanto alle conseguenze della pronuncia di condanna) che la sanzione imposta sul piano nazionale (circa 250 euro ⁶⁷) avrebbe rischiato di produrre un effetto inibente sulla libertà di espressione, incentivando le due piattaforme alla chiusura di tali spazi aperti per la libera discussione.

Nel pervenire ad un corretto bilanciamento tra i due diritti fondamentali meritevoli di eguale protezione, la Corte ha, infine, attribuito rilievo — enucleando così altri due elementi da aggiungersi nelle linee guida dirette a valutare la proporzionalità della restrizione — al comportamento tenuto dal danneggiato ed alla serietà delle conseguenze per lo stesso. A rendere sproporzionata l'ingerenza ⁶⁸, infatti, per la Corte rilevavano sia la circostanza che il danneggiato non si era mai servito del sistema di segnalazione fornito dai portali (aveva, infatti, agito direttamente in giudizio per il risarcimento del danno) sia il fatto che in giuoco non vi era la reputazione del singolo, ma solo il buon nome commerciale del ricorrente (interesse di minor spessore rispetto alla tutela della reputazione personale) e che la gravità delle espressioni utilizzate dagli internauti andasse ridimensionata alla luce di un malcostume generalizzato consistente nell'utilizzo in Internet di un registro linguistico decisamente basso.

2.3. *Affermazioni diffamatorie, piccoli blog e grandi piattaforme di hosting: le decisioni di irricevibilità rese nei casi Pihl v. Sweden e Tamiz v. UK.*

Al bisogno di procedere ad una interpretazione restrittiva della *ratio decidendi* del precedente della Grande Camera sembrano rispondere anche le decisioni di irricevibilità pronunciate dalla Corte EDU il 9 marzo 2017 ⁶⁹ nel caso *Pihl v. Sweden* ed il 12 ottobre 2017 nel caso *Tamiz v. UK*.

Nelle due fattispecie adesso in esame i ricorrenti presso la Corte di Strasburgo non erano i gestori delle piattaforme su cui i commenti diffamatori erano apparsi (rispettivamente, un piccolo blog non moderato gestito da un'associazione no-profit e uno dei più grandi portali di servizi di hosting gestito a fini professionali), ma i dan-

⁶⁷ Sul punto, cfr. R. SPANO, *Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights*, cit., 673.

⁶⁸ Va notato che il Collegio della Grande Camera competente a pronunciarsi sull'ammissibilità del rinvio della questione alla Grande Camera a norma dell'art. 43

CEDU ha respinto la richiesta in tal senso del governo ungherese e la decisione è divenuta definitiva il 2 maggio 2016.

⁶⁹ *Pihl v. Sweden*, 9 marzo 2017, ricorso n. 74742/14, su cui si veda P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, in DPCE Online, 31, 2017, 767 ss.

neggiati che avevano visto respingersi sul piano nazionale la richiesta di risarcimento del danno posta nei confronti dei primi.

La prospettiva è, dunque, doppiamente rovesciata rispetto alle sentenze prima esaminate: la Corte EDU era chiamata, infatti, a valutare l'ingerenza non nella libertà di espressione derivante dall'inosservanza di un dovere negativo di astensione da parte dello Stato, ma nel diritto al rispetto della reputazione del singolo ricollegabile alla mancata adozione, sul piano nazionale, di misure positive a protezione dei diritti fondamentali riconducibili all'art. 8 CEDU.

Segnatamente, in *Pihl v. Sweden* si trattava di chiarire se la presenza di un commento diffamatorio, apparso su un post inserito all'interno di un piccolo blog ove il ricorrente era definito come un assiduo assuntore di sostanze stupefacenti, potesse implicare la responsabilità del gestore del blog per aver rimosso il post solo a seguito di segnalazione e nell'arco temporale di 24 ore. Sul piano nazionale il giudice interno ritenne che non sussistesse base legale alcuna per condannare tale soggetto per non aver rimosso il commento prima di quanto avesse fatto.

Nel giungere alla conclusione che i giudici nazionali fossero pervenuti ad un giusto equilibrio tra il diritto del ricorrente di cui all'articolo 8 CEDU ed il diritto alla libertà di espressione dell'intermediario di cui all'articolo 10 CEDU, la terza sezione della Corte EDU, nell'applicare la griglia concettuale elaborata dalla Grande Camera nella pronuncia del 2015 alle attività dei « *pro-agonists playing an intermediary role on internet* », ha attribuito importanza al fatto che le espressioni non consistessero in forme di incitamento all'odio o alla violenza, che i commenti fossero stati rimossi appena 24 ore dopo la segnalazione, che in totale fossero rimasti in rete solo 9 giorni e che l'intermediario fosse una piccola associazione senza scopo di lucro sconosciuta al grande pubblico e, dunque, con poca risonanza mediatica. Secondo questa prospettiva, richiedere all'operatore di un piccolo blog di presumere che certi commenti destinati ad apparire sulla propria piattaforma possano essere diffamatori equivarrebbe a richiedere « accortezze eccessive ed impraticabili ⁷⁰ » in grado di minare il diritto di diffondere informazioni via Internet ⁷¹.

Alla logica del *distinguishing* da operarsi nei confronti del precedente del 2015 pare obbedire anche la decisione di irricevibilità per manifesta infondatezza resa il 12 ottobre 2017 dalla prima sezione della Corte EDU nel caso *Tamiz v. UK*.

⁷⁰ Cfr. *Pihl v. Sweden*, cit., par. 31.

⁷¹ In tali circostanze, concluse la Corte, infatti, l'imposizione di una responsabilità civile « *may have negative consequences on the comment-related environment of an in-*

ternet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website ».

La fattispecie riguardava l'asserita mancata protezione da parte del Regno Unito del diritto alla reputazione di un politico in erba con riferimento ai commenti diffamatori acclusi a chiosa di un post inserito su di un blog ospitato da *Google* (nella piattaforma *Blogger.com*) e a quest'ultimo segnalati dal danneggiato e rimossi solo dopo il trascorrere di ulteriori 5 settimane. In prima istanza ed in grado di appello ⁷² fu esclusa la responsabilità dell'intermediario dei servizi di hosting sia per il tempo antecedente sia per quello successivo alla notifica della presenza di contenuti diffamatori sul blog. In particolare, la Court of Appeal accertò che il comportamento dell'intermediario di servizi di hosting fosse scriminato, prima ancora che dalla normativa di recepimento della direttiva sul commercio elettronico, dal *common law* e dal diritto statutario interno ⁷³. Sulla base del solo diritto nazionale, il giudice inglese ritenne, infatti, che, alla luce dell'elevato numero di blog ospitati, un lasso di tempo di 5 settimane tra la segnalazione e la rimozione potesse ancora considerarsi un tempo ragionevole e che ad ogni modo il danno sofferto dall'attore — entrato a far parte dell'arena politica — non fosse un danno serio, sicché ogni ulteriore rivendicazione avrebbe comportato un uso distorto del processo e avrebbe potuto integrare gli estremi dell'*abuse of process* ⁷⁴.

Nella pronuncia di irricevibilità del ricorso per manifesta infondatezza, la Corte EDU ha enfatizzato che l'equilibrio rinve-

⁷² *Tamiz v. Google Inc* [2013] EWCA Civ 68. Per un commento della sentenza della Court of Appeal, cfr. T. SCANNICCHIO, *La responsabilità del provider di fronte alle corti inglesi: una vittoria di Pirro per Google?*, in questa Rivista, 2013, 732 ss., specialmente 751 ss.

⁷³ Esclusa la responsabilità dal punto di vista della difesa statutaria e sulla base dei principi relativi all'abuso del processo, la Corte ritenne, dunque, di non dover esaminare la difesa alternativa ai sensi della sezione 19 delle Electronic Commerce (EC Directive) Regulations del 2002 implementative nel diritto inglese della direttiva sul commercio elettronico. Sulle origini storiche e sui diversi significati assunti dalla locuzione *abuse of process* nell'esperienza giuridica inglese, cfr. M. SERIO, *L'abuso del processo: una ricerca comparatistica*, Il giusto processo civile, 2014, 119 ss.

⁷⁴ Si tratta dei principi affermati per la prima volta con riguardo alle comunicazioni in Internet nella sentenza resa dalla Court of Appeal in *Jameel (Yousef) v. Dow Jones & Co. Inc* [2005] QB 946. Il caso aveva ad oggetto il risarcimento del danno patito dall'attore per un articolo pubblicato

anonimamente in Internet su server ubicati nel New Jersey che era stato visualizzato appena 5 volte in Inghilterra. La Court of Appeal indicò come comportamento integrante gli estremi dell'abuso del processo, l'azione intentata per il ristoro di un danno minimo: il risarcimento che sarebbe stato conseguito dall'attore sarebbe stato, infatti, modesto; i costi per ottenerlo sproporzionati. Giova notare che tale requisito si armonizza bene con la giurisprudenza EDU, secondo cui le aggressioni all'onore o alla reputazione personale, per meritare lo scudo protettivo dell'art. 8 CEDU, devono raggiungere un certo livello di serietà e causare un pregiudizio al godimento personale del diritto al rispetto della vita privata (cfr. *Delfi v. Estonia*, cit., par. 137 e *Axel Springer AG v. Germany*, 7 febbraio 2012, ricorso n. 39954/08, par. 83). Ed invero, con riferimento alle comunicazioni online, la Corte di Strasburgo, nella pronuncia di irricevibilità adesso in esame, ha rilevato come fosse probabile che la maggior parte dei commenti di cui il ricorrente si lagnava esibisse un grado di offensività troppo basso e che la loro effettiva diffusione tra i lettori fosse stata così limitata da non poter cau-

nuto nel caso di specie dal giudice nazionale tra libertà di espressione e diritto alla reputazione rientrasse a pieno titolo nel margine di apprezzamento accordato alle autorità nazionali e che tale discrezionalità fosse particolarmente ampia in vista sia dell'esigenza di salvaguardare l'importante contributo offerto da grandi intermediari come *Google* nel facilitare l'accesso alle informazioni ⁷⁵ sia della circostanza che la maggior parte dei commenti erano solo espressioni volgari che il danneggiato, rivestendo un ruolo pubblico, sarebbe stato chiamato a tollerare.

3. ALCUNE PRIME OSSERVAZIONI CRITICHE: L'INCONCILIABILITÀ DELLA GIURISPRUDENZA EDU CON I PRINCIPI SCOLPITI DALLA DIRETTIVA 2000/31/CE. VERSO LA PERDITA DI UNA REGOLA COMUNE.

Almeno due possono essere le chiavi di lettura di questa prima traiettoria giurisprudenziale avente ad oggetto fattispecie tendenzialmente assai omogenee trattate, però, diversamente.

In base alla prima, si potrebbe pensare che la Corte EDU segnali, sia pure indirettamente, la necessità di un ripensamento delle regole di responsabilità degli intermediari della rete di matrice unitario-europea da incanalarsi non più verso un principio generale, ma verso regole di volta in volta enucleabili in relazione agli specifici contenuti presenti in linea, al loro disvalore, alla loro idoneità a limitare altri diritti fondamentali di pari rango ⁷⁶. Si tratterebbe, invero, di un processo già in atto in seno all'UE negli orientamenti della Commissione. Basti pensare, ad esempio, alla recente iniziativa della Commissione Europea volta all'aggiornamento della direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi ⁷⁷, alla Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel

sare un pregiudizio grave alla reputazione del singolo (cfr. paragrafo 75).

⁷⁵ Cfr. *Tamiz v. UK*, 12 ottobre 2017, ricorso n. 3877/14, par. 90.

⁷⁶ Letture in tal senso sono state proposte sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina. In giurisprudenza, cfr. la pronuncia resa il 15 novembre 2013 dalla Queen's Bench Division della High Court of Justice del Nord Irlanda nel caso *J19 & Anor v. Facebook Ireland* [2013] NIQB 113, in cui il giudice Gillen, con riferimento alla pronuncia sezionale della Corte EDU del 2013 resa nel caso *Delfi v. Estonia*, ha affermato che la fattispecie affrontata dai giudici di Strasburgo potrebbe rappresentare un'eccezione agli ordinari principi di irresponsabilità oppure potrebbe essere interpretata come l'avvio di una nuova stagione segnata dall'imposizione di nuovi obblighi di monitoraggio in capo agli intermediari della rete:

cfr. il paragrafo 31, ove si legge che « this case may well be fact sensitive and indeed subject to an appeal to the Grand Chamber. Time will tell whether the line of reasoning of the ECHR in this case is the start of a new movement towards a broader monitoring obligation of intermediaries or if it is only applicable to the specific events in this case ». In dottrina, segnala l'opportunità di intendere la pronuncia resa nel caso *Delfi v. Estonia* come una esortazione al ripensamento della direttiva 2000/31 (al fine di pervenire ad un nuovo assetto della materia soprattutto a tutela dei diritti di proprietà intellettuale) T. E. SYNODINOU, *Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU*, cit., 67 ss.

⁷⁷ Nella nuova Proposta di direttiva del 25 maggio 2016 (COM(2016) 287 final), volta a coprire settori prima esclusi come i nuovi media audiovisivi — tra cui le piatta-

mercato unico digitale del 14 settembre 2016⁷⁸ ed alla Comunicazione relativa alla lotta ai contenuti illeciti del 28 settembre 2017, già citata in apertura di questa ricerca.

E tuttavia questa opzione, come subito si passerà a chiarire, volta a pervenire ad esiti diversi rispetto a quelli che sarebbero conseguibili applicando i principi della direttiva sul commercio elettronico al fine di delineare un Internet più sicuro (nell'interesse dei diritti fondamentali del singolo e dell'intera società) sembra impraticabile ove la strada da seguire sia quella interpretativa del dato positivo vigente⁷⁹.

In base alla seconda, si potrebbe, invece, pensare che la Corte EDU abbia intrapreso un percorso di progressivo indebolimento

forme di *video-sharing* cui si applica contestualmente la disciplina della direttiva 2000/31 —, l'attenzione è incentrata sulla necessità che i « fornitori di piattaforme per la condivisione di video pongano in essere [...] opportune misure atte a: i) proteggere i minori dai contenuti nocivi; e ii) proteggere tutti i cittadini dall'istigazione alla violenza o all'odio ». Nella Proposta di direttiva è fatto salvo, però, il principio di irresponsabilità per gli hosting provider di cui all'art. 14 della Direttiva 2000/31 ed il principio di assenza di obblighi generali di monitoraggio (cfr. considerando n. 29 e articolo 28 bis): le eventuali misure da adottare sembrano, infatti, delegate alla autoregolamentazione o alla co-regolamentazione. Il primo comma dell'art. 28 bis prevede, invece, che « fatti salvi gli articoli 14 e 15 della direttiva 2000/31/CE, gli Stati membri garantiscono che i fornitori delle piattaforme per la condivisione di video adottino misure adeguate per: a) tutelare i minori da contenuti che potrebbero nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori; b) tutelare tutti i cittadini da contenuti che istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito in riferimento al sesso, alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza, all'origine nazionale o etnica ».

⁷⁸ Proposta che si inserisce nella Strategia per il mercato unico digitale in Europa del 2015: cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni del 6 maggio 2015 COM (2015) 192 final, specialmente 8, in cui si indica l'esigenza di pervenire ad un regime del diritto d'autore maggiormente armonizzato anche con riferimento alle responsabilità degli intermediari. In tale proposta legislativa l'evoluzione delle tecnologie digitali rappresenta il necessario sostrato di

riferimento. Quanto alla diffusione non autorizzata di opere coperte da copyright, la fiducia riposta sulle nuove tecnologie dalla Commissione Europea ha consentito, invece, in questo stadio progettuale, di scartare l'opzione consistente in una « *no policy intervention* » (che avrebbe mantenuto ferma l'impostazione attuale basata sull'utilizzazione volontaria di tecnologie di filtraggio) e di prediligere, invece, l'opzione diretta ad imporre un obbligo « per alcuni prestatori di servizi » — e segnatamente per quei « prestatori dei servizi della società dell'informazione che danno pubblico accesso ad un grande numero di opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti » — di « munirsi di tecnologie adeguate »: in particolare, si tratterebbe di « adottare misure appropriate e proporzionate per garantire la protezione di tali opere o altro materiale, ad esempio tramite l'uso di tecnologie efficaci ». Cfr. in particolare l'art. 13 della Proposta di direttiva.

⁷⁹ Sul punto, giova richiamare le parole di V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in questa Rivista, 1998, 15 ss., ove l'Autore osserva che « per un verso la limitazione della libertà dell'individuo deve trovare ostacolo o in un divieto ovvero in un correlativo diritto altrui, per altro verso l'intervento dei pubblici poteri deve conformarsi ad un principio di legalità (in senso lato) e dunque è legittimo solo se vi sono disposizioni, di rango normativo adeguato, che autorizzano siffatto intervento. Se dunque appare nel mondo del reale qualche nuova entità o si realizza qualche nuova attività, non si potrà seguire il riflesso condizionato di ritenerla *ipso facto* soggetta al controllo, all'autorizzazione, a limiti, seguendo il principio secondo cui è vietato tutto quello che non è permesso. Al contrario occorrerà indagare attentamente per verificare se e in che misura le regole

della pronuncia pilota del 2015 resa dalla Grande Camera e dell'assolutezza dei principi colà affermati⁸⁰ tendente, quantomeno, a mettere in luce come quella sentenza vada intesa quale esito eccezionale⁸¹ nel giudicare la responsabilità degli intermediari di Internet⁸².

Le due opzioni ermeneutiche cui questa linea giurisprudenziale si presta alternativamente ad essere ricondotta condividono, però, un atteggiamento metodologico di scarsa attenzione verso la questione relativa al rispetto del principio di legalità.

In particolare, la prima opzione esibisce un vizio di impostazione del problema da parte della Corte EDU. La Corte di Strasburgo, infatti, almeno nelle pronunce del 2015 e del 2016 (quelle, cioè, in cui l'intermediario lamentava la violazione dei diritti riconducibili all'art. 10 CEDU), ha troppo sbrigativamente risolto il punto relativo alla prima fase del controllo dell'ingerenza dell'autorità pubblica nella libertà di espressione delle società ricorrenti, così arrivando alla conclusione che la questione affrontata andasse valutata, seguendo l'interpretazione proposta dai giudici interni, con riferimento non alle norme traspositive della direttiva sul commercio elettronico, ma a quelle nazionali applicabili ad i media tradizionali.

Ed invero, sebbene il compito della Corte EDU, ai sensi dell'articolo 19 della Convenzione, sia quello di assicurare il rispetto degli impegni che discendono dalla Convenzione per le Parti contraenti e non quello di esaminare gli errori di fatto o di diritto che possano essere stati commessi dagli organi giudiziari interni nell'interpretazione del diritto nazionale (spetta, infatti, per principio ai giudici nazionali valutare i fatti e interpretare e applicare

esistenti possano estendersi alla nuova entità o attività. Tale impostazione generale appare tanto più appropriata *in subiecta materia* quanto essa non riguarda una attività qualsiasi bensì tocca direttamente diritti e libertà di rango costituzionale primario, quali la libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero che trovano garanzia e tutela negli artt. 15 e 21 della Costituzione ».

⁸⁰ Assolutezza non diminuita dalla circostanza che la Corte al par. 116 chiarisce che « the case does not concern other fora on the Internet where third-party comments can be disseminated, for example an Internet discussion forum or a bulletin board where users can freely set out their ideas on any topics without the discussion being channelled by any input from the forum's manager; or a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be

a private person running the website or a blog as a hobby ».

⁸¹ Cfr. sul punto, C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, 2017, Wolters Kluwer, 130 ss.

⁸² Effettivamente la dottrina ha posto in luce come nella pronuncia resa nel caso *Delfi v. Estonia* la Corte EDU abbia mostrato una scarsa dimestichezza con il "safe harbour" normativo previsto in generale a livello internazionale per i provider: cfr., in tal senso, T. E. SYNODINOU, *Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU*, cit., 64; G. GUILLEMIN, *Delfi AS v Estonia: Court Strikes Serious Blow to Free Speech Online*, <http://inform.wordpress.com/2013/10/15/case-law-strasbourg-delfi-as-vestonia-court-strikes-serious-blow-to-freespeech-onlinegabrielleguillemin/> G. SMITH, *Who will sort out the Delfi mess?* <http://cyberleagle.blogspot.gr/2013/10/who-will-sort-out-delfimess.html>

il diritto interno ⁸³), ciò non vale negli stessi termini ove tali errori abbiano portato quei giudici a ledere i diritti e le libertà salvaguardati dalla Convenzione ⁸⁴. Lo strumento attraverso cui la Corte EDU esercita un controllo di questo tipo è costituito dall'accertamento da un punto di vista sostanziale del rispetto del principio di legalità ⁸⁵.

Proprio nel caso in cui sia in giuoco la libertà di espressione, il test di legalità, come segnalato in precedenza, integra il primo stadio del controllo operato dai giudici si Strasburgo. Tale controllo, per giurisprudenza costante della Corte EDU, non si esaurisce nell'indagine circa l'esistenza di una norma interna che sia posta a fondamento della restrizione, ma ricomprende anche una valutazione circa le qualità della base giuridica invocata. In particolare, l'esistenza di un dato normativo nel diritto interno abilitante la restrizione deve essere valutata alla luce dell'insieme dell'ordinamento e sulla base della combinazione delle varie fonti, ivi comprese, pertanto, anche quelle del diritto internazionale e, per quanto qui direttamente importa, del diritto dell'Unione Europea ⁸⁶.

A questo riscontro formale relativo all'esistenza di un fondamento giuridico abilitante la restrizione ne segue di norma uno sostanziale relativo ai caratteri di accessibilità e di prevedibilità del fondamento giuridico stesso ⁸⁷. Sulla base dei principi elaborati in generale a tutela della libertà di espressione, la Corte EDU ritiene che, se il livello di chiarezza e, dunque di prevedibilità, delle norme poste a giustificazione della restrizione non è mai assoluto, è necessario tuttavia che esso consenta ai suoi destinatari di prevedere, con margini ragionevoli di certezza, in funzione delle circostanze e, se necessario, con l'assistenza di persone qualificate, le conseguenze della sua applicazione. I caratteri dell'accessibilità e della prevedibilità della base giuridica vanno

⁸³ Cfr. *Pacifico v. Italy*, 20 novembre 2012, ricorso n. 17995/08, par. 62 e *Plesic v. Italy*, 2 luglio 2013, ricorso n. 16065/09, par. 33.

⁸⁴ Si vedano, tra le altre, *García Ruiz v. Spain*, 21 gennaio 1999, ricorso n. 30544/96, par. 28, *Khan v. UK*, 12 maggio 2000, n. 35394/97, par. 34, e *Rizos and Daskas c. Greece*, 27 maggio 2004, ricorso n. 65545/01, par. 26.

⁸⁵ Cfr. *Baranowski v. Poland*, 28 marzo 2000, ricorso n. 39742/05, par. 52.

⁸⁶ Con riguardo alle norme dell'Unione Europea adottate con regolamento, cfr. la sentenza resa dalla Grande Camera il 30 giugno 2005 nel caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, ricorso n. 45036/98, specialmente par. 145.

⁸⁷ Cfr. sul punto anche la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata il 13 aprile 2016 CM/Rec (2016) 5 sulla libertà di internet, ove si osserva che «The State protects individuals from cybercrime through effective criminal justice or other measures. Where such measures risk interference with the right to private life, the right to freedom of expression or the right to freedom of peaceful assembly and association, they are subject to conditions and safeguards against abuse. These measures comply with Articles 8, 10 and 11 of the Convention. Notably they are prescribed by a law, which is accessible, precise, clear and foreseeable; pursue a legitimate aim; are necessary and proportionate in a democratic society and allow for effective remedies ».

accertati, inoltre, con riferimento alla giurisprudenza interna che interpreta ed applica quelle disposizioni, sicché una giurisprudenza insufficiente⁸⁸, contraddittoria⁸⁹ o che immotivatamente si oppone (ove la fattispecie da risolvere metta in rapporto norme unitario-europee e norme interne) ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE⁹⁰ fa venir meno, da un punto di vista sostanziale, il presupposto che l'ingerenza sia prevista dalla legge.

E proprio qui risiede il vizio che affligge la pronuncia della Grande Camera: è a questo stadio che il test di legalità avrebbe dovuto essere considerato non soddisfatto⁹¹. Il diritto nazionale, nel caso *Delfi v. Estonia* (ma le stesse conclusioni potrebbero valere anche per il caso *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*), era tale che, come si apprende dall'opinione dissenziente resa congiuntamente dai giudici Sajó e Tsotsoria, « solo un consulente legale chiaroveggente avrebbe potuto essere sufficientemente certo che l'operatore del portale web sarebbe stato chiamato a rispondere civilmente alla stregua del regime di responsabilità oggettiva applicato agli editori per il danno cagionato da un commento di cui non fosse stato a conoscenza »⁹².

I giudici nazionali e la Corte EDU non spiegano, tuttavia, perché le disposizioni del diritto sovranazionale vincolante (integrato nell'ordinamento giuridico interno) siano state considerate irrilevanti.

⁸⁸ Cfr. la sentenza resa dalla Corte EDU il 24 aprile 1990 nel caso *Kruslin v. France*, ricorso n. 11801/85, specialmente par. 34.

⁸⁹ Cfr. la sentenza resa dalla terza sezione della Corte EDU il 21 febbraio 2008 nel caso *Driha v. Roumanie*, ricorso n. 29556/02, specialmente parr. 31-33.

⁹⁰ Cfr. Corte EDU *Schipani v. Italy*, 21 luglio 2015, ricorso n. 38369/09. Tale rifiuto potrebbe integrare gli estremi della violazione del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU. Lamenta nel caso di specie la mancata proposizione sul piano nazionale di una domanda di pronuncia pregiudiziale e la circostanza che la Corte EDU non abbia considerato adeguatamente le conseguenze di una tale omissione, M. Husovec, *General monitoring of third-party content*, cit., 20.

⁹¹ Cfr. sul punto, il par. 17 dell'opinione dissenziente, ove si legge che « the Information Society Services Act apparently exempts service providers and provides a "safe harbour" in the sense that once the service provider becomes aware of the illegal content and removes it expeditiously, it cannot be held liable. Neither the domestic authorities nor the Court explain why the provision of binding European law that is

part of the national legal system is immaterial, except to say that the present case concerns a matter of publication rather than data storage ».

⁹² Tre regimi di responsabilità civile, invero, erano stati applicati nei tre gradi di giudizio interni; e nella sentenza sezionale, conforme nell'esito a quella della Grande Camera, si era dato atto che la normativa estone fosse foriera di una situazione di obiettiva incertezza: si trattava, dunque, evidentemente di una ingerenza compiuta alla stregua di una base legale non accessibile ai soggetti di diritto e non prevedibile nei suoi effetti, giacché non era inequivocabilmente chiaro quale regime giuridico si dovesse applicare. Si legge, infatti, nella opinione dissenziente che « leggi vaghe, ambigue e quindi imprevedibili hanno un effetto inibente sulla libertà di espressione. Qui sussiste un'incertezza preoccupante ». Sulla accessibilità e sulla prevedibilità della base giuridica abilitante restrizioni della libertà di espressione, cfr., nella giurisprudenza della Corte EDU, *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, 28 giugno 2001, ricorso n. 24699/94, par. 52, *Gawęda v. Poland*, 14 marzo 2002, ricorso n. 26229/95, par. 39, *Maestri v. Italy*, 17 febbraio 2004, ricorso n. 39748/98, par. 30.

Né varrebbero ad escludere la rilevanza delle esimenti previste dalla direttiva europea le circostanze, valorizzate invece dal giudice interno, consistenti nel fatto che l'attività di mettere a disposizione dei terzi spazi di memorizzazione destinati agli utenti fosse prestata secondo una logica commerciale e che tale servizio fosse associato alla fornitura di contenuti. Si tratta, infatti, di questioni entrate già nella contemplazione della Corte di Giustizia UE e che in caso di ulteriori dubbi avrebbero meritato, da parte del giudice nazionale, un rinvio pregiudiziale. Ed invero, come precisato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza resa nel caso *Google France* ⁹³ « la semplice circostanza che il servizio » di memorizzazione sia prestato « a pagamento non può avere come effetto di privare » l'intermediario « delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31 ». Come osservato, poi, dall'Avvocato Generale nelle conclusioni rassegnate nel caso *L'Oréal c. eBay* ⁹⁴, le « eccezioni di cui agli artt. 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31 » sono intese « ad introdurre deroghe per determinati tipi di attività esercitate da un prestatore di servizi », non mirano « ad esentare una categoria di prestatori di servizi in quanto tale » e non operano per compartimenti stagni ⁹⁵: le deroghe alla responsabilità varranno, dunque, anche nel caso in cui « una o più attività oggetto di deroga vengano abbinate alle attività di un fornitore di contenuti su Internet » ⁹⁶.

Questo avviare alla disciplina in vigore da parte della Corte di Strasburgo è palesato nell'opinione dissenziente, ove si rileva che il diritto di derivazione europea avrebbe dovuto essere valutato

⁹³ Cfr. la sentenza resa dalla Corte di Giustizia UE il 23 marzo 2010 nelle cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, relative, rispettivamente, ai procedimenti nazionali *Google France c. Louis Vuitton Malletier*, *Google France c. Viaticum Luteciel* e *Google France c. CNRRH*, specialmente par. 116.

⁹⁴ Cfr. parr. 147 ss.

⁹⁵ Cfr. inoltre la Raccomandazione CM/Rec (2011)7 del Comitato dei Ministri agli Stati membri su una nuova concezione dei media, ove si osserva al par. 6 che i ruoli dei protagonisti della circolazione delle informazioni in rete possono facilmente cambiare o evolvere fluidamente e senza soluzione di continuità. A tale stregua, a tutti gli attori — nuovi o tradizionali — che operano all'interno dell'ecosistema dei media dovrebbe essere offerto un quadro normativo che garantisca un livello adeguato di protezione e che fornisca una chiara indicazione dei doveri e delle responsabilità in linea con gli standard elaborati dal Consiglio d'Europa. Quadro normativo che « dovrebbe essere graduato e differenziato » sulla base dei servizi resi nell'ambito dei processi

di produzione e di disseminazione dei contenuti.

⁹⁶ Si consideri, inoltre, che, ove fossero residuati dubbi sulla disciplina applicabile, la strada maestra che avrebbe dovuto essere seguita dal giudice nazionale sarebbe stata, come prima rilevato nel testo, quella della proposizione di un rinvio pregiudiziale. Che si tratti di temi su cui permangono non poche incertezze è dimostrato dal fatto che la Corte di Giustizia UE l'11 settembre 2014 si è pronunciata sul caso meno difficile (causa C-291/13, *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etairia Ltd.*), relativo alla applicabilità del regime di irresponsabilità previsto dalla direttiva 2000/31 a quel giornale dotato di una pagina web accessibile gratuitamente sulla quale è pubblicata l'edizione elettronica della versione cartacea con tutti gli articoli e le pubblicità di quest'ultima. Si trattava, cioè, di accertare l'applicabilità o meno del regime previsto dalla direttiva 2000/31 a quell'editore che avesse pubblicato i propri contenuti sulla edizione online di un giornale cartaceo. Sul punto, la Corte di Giustizia

come « parte del sistema interno », attribuendogli, sul piano delle fonti del diritto, « il suo giusto peso costituzionale ».

La circostanza che la Corte EDU non abbia adeguatamente valutato se la limitazione della libertà di espressione di *Delfi* fosse prescritta dalla legge da un punto di vista sostanziale e se la legge fosse accessibile e prevedibile finisce, inoltre, con il riverberare i suoi effetti anche sullo stadio finale del controllo riguardante il raggiungimento di un giusto equilibrio tra i due diritti posti in reciproco bilanciamento.

Nell'ambito del test di necessità, infatti, la Corte di Strasburgo suole riconoscere agli Stati contraenti un certo margine di apprezzamento: i diversi significati che un medesimo diritto fondamentale, anche se qualificato con la medesima « etichetta », può assumere in relazione alle specificità culturali e sociali di ciascuno di essi giustifica, infatti, nella giurisprudenza EDU, l'attribuzione di più o meno ampi margini di apprezzamento discrezionale ⁹⁷.

E tuttavia, la sfera discrezionale consentita alle autorità nazionali è considerata piuttosto ridotta ove sia rinvenibile tra gli Stati contraenti un approccio comune.

In presenza di un parametro condiviso, consistente, nel nostro caso, nell'esenzione da responsabilità alle condizioni indicate dalla direttiva 2000/31 ⁹⁸ (esenzione prevista a tutela anche della libertà di espressione, come si evince esplicitamente dai conside-

UE ha ritenuto che « i limiti alla responsabilità civile previsti agli articoli da 12 a 14 della direttiva 2000/31 non riguardano il caso di una casa editrice che disponga di un sito Internet sul quale venga pubblicata la versione online di un giornale, ove detta casa editrice sia peraltro retribuita con i proventi derivanti da pubblicità commerciali diffuse su tale sito, qualora sia a conoscenza delle informazioni pubblicate ed eserciti un controllo sulle stesse, a prescindere dal fatto che l'accesso a detto sito sia gratuito o a pagamento ». Il quesito pregiudiziale posto dal giudice nazionale in quest'ultima pronuncia della Corte di Giustizia UE e le sentenze rese dalla Corte EDU nel caso *Delfi v. Estonia* appaiono come l'ennesima testimonianza del fatto che « l'editoria online sconta ancora un divario normativo sotto il profilo dell'adeguatezza delle sue disposizioni al nuovo contesto digitale ». In questi termini, cfr. P. SAMMARCO, *Verso l'assimilazione della figura dell'editore on-line a quella di fornitore di servizi di media audiovisivi*, in questa *Rivista*, 2016, 114. Sul punto, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in questa *Rivista*, 1998, 15 ss.; A. BEVERE, V.

ZENO-ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in questa *Rivista*, 2011, 375 ss.

⁹⁷ G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 237.

⁹⁸ Ed invero la soluzione sperimentata dalla direttiva sul commercio elettronico è circolata anche all'interno di altri Stati firmatari della CEDU: si pensi ad esempio alla Turchia, la cui legislazione sostanzialmente ricalca quella della direttiva sul commercio elettronico. Tale impostazione è ritenuta espressione di principi condivisi a livello europeo ed internazionale sia nella *dissenting opinion* nel caso *Delfi v. Estonia* (al cui paragrafo 7 si legge che « in the overwhelming majority of the member States of the Council of Europe, and also in genuine democracies all over the world, the regulatory system (in conformity with the expectations of the rule of law) is based on the concept of actual knowledge. A safe harbour is provided by the rule of notice and action (primarily "notice and take down") »), sia nella decisione resa dalla Corte EDU nel caso *Tamiz v. UK*, ove si osserva al paragrafo 84 con riferimento alla necessità di una previa segnalazione dell'esistenza di contenuti illeciti che questo approccio è « entirely in

rando nn. 9 e 46 che rinviano all'art. 10 CEDU⁹⁹), la singolarità o l'eccentricità di una impostazione nazionale in controtendenza rispetto ad esso¹⁰⁰ (l'aver ritenuto, cioè, applicabili le norme previste per l'editore tradizionale ad attività di mero stoccaggio, sia pure abbinate ad attività di fornitura di contenuti) avrebbe dovuto determinare¹⁰¹ un esiguo margine di apprezzamento per lo Stato¹⁰².

La seconda opzione ermeneutica cui si presta ad essere ricondotto tale primo gruppo di decisioni non pare del tutto esente da

keeping with the position in international law. Indeed, the Council of Europe, the European Union, the United Nations and the Organisation for Security and Cooperation in Europe have all indicated that ISSPs should not be held responsible for content emanating from third parties unless they failed to act expeditiously in removing or disabling access to it once they became aware of its illegality. Indeed, the EU Directive on Electronic Commerce expressly provides that Member States shall neither impose a general obligation on ISSPs which are storing information provided by a recipient of their services to monitor the information which they store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity ».

⁹⁹ Segnatamente, si legge al considerando n. 9 che « la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione può in numerosi casi riflettere specificamente nel diritto comunitario un principio più generale, e cioè la libertà di espressione prevista all'articolo 10, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che è stata ratificata da tutti gli Stati membri. Per questo motivo, le direttive che si riferiscono alla prestazione di servizi della società dell'informazione devono assicurare che questa attività possa essere svolta liberamente alla luce di tale articolo, sottoposta soltanto alle restrizioni di cui al paragrafo 2 di tale articolo e all'articolo 46, paragrafo 1, del trattato. La presente direttiva non è volta ad incidere sui principi e sulle norme fondamentali nazionali in materia di libertà di espressione ». Al considerando n. 46, poi, si legge, relativamente alle procedure di rimozione di contenuti illeciti, che « la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della ri-

mozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime ».

¹⁰⁰ L'aver riconosciuto al contrario la sussistenza, nelle fattispecie esaminate nei paragrafi precedenti, di un ampio margine di apprezzamento riservato al diritto interno nelle limitazioni ammesse alla libertà di espressione in funzione degli obiettivi legittimi perseguiti (l'aver ritenuto, cioè, applicabili le norme previste per l'editore tradizionale) probabilmente è, dunque, un'ulteriore conseguenza del mancato approfondimento del tema della esistenza di un fondamento normativo di diritto interno accessibile, chiaro e prevedibile nell'ordinamento inteso nel suo complesso e, dunque, anche in funzione del diritto secondario europeo trasposto sul piano nazionale. Sulla «fluidità» dei criteri prescritti dalla Corte EDU a partire dal caso *Delfi v. Estonia* e sugli ampi margini di apprezzamento rimessi ai Paesi aderenti e sull'andamento *case by case* della Corte, cfr. P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista*, cit., 771.

¹⁰¹ Salvo che in ipotesi residuali, in cui si ponga la necessità di tenere in debita considerazione tradizioni morali profondamente radicate: cfr., in tal senso, l'opinione dissenziente, ove si afferma che « this Court has not been known for developing rights restrictions which go against the prevailing standards of the member States, except in a few cases where a narrow majority found that deeply held moral traditions justified such exceptionalism ».

¹⁰² Cfr. S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 408; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, 18 ss, ove si nota che « la Corte interpreta il testo convenzionale applicando un'interpretazione teleologica "parametrata" sul consenso europeo. Lo standard europeo applicabile è, per lo più, il risultato di un'indagine della Corte sull'esistenza di una base comune nel diritto e nella prassi degli Stati

critiche. Ed infatti, anche ove si dovesse ritenere che la traiettoria giurisprudenziale prima esaminata possa essere interpretata come un affievolimento del rigore della pronuncia della Grande Camera del 2015 e che, dunque, il cuore dei principi della direttiva 2000/31 sia, per il futuro, tendenzialmente fatto salvo, permane un elemento di forte discontinuità rispetto a quel plesso normativo, che costituisce un'ulteriore conseguenza del mancato approfondimento della questione circa il rispetto del principio di legalità.

Sebbene la pronuncia della Grande Camera parrebbe essere sempre più relegata dal *case law* successivo a disciplinare la sola ipotesi eccezionale in cui i contenuti degli utenti che possano dar luogo a responsabilità dell'intermediario siano solo quelli palesemente illeciti (e, in particolare, quelli che consistano in espressioni di incitamento all'odio e di appello alla violenza), essa, tuttavia, pare mantenere il ruolo di *leading precedent* relativamente alle linee guida poste a fondamento dell'operazione di bilanciamento tra libertà di espressione e diritto alla reputazione.

Ed infatti, se nelle pronunce successive al 2015 il riferimento al discorso d'odio ed alla violenza pare il termine di riferimento per effettuare il *distinguishing*¹⁰³, i parametri individuati dalla Corte EDU al fine di effettuare il giudizio di proporzionalità sono, invece, confermati ed arricchiti, caso dopo caso, nelle pronunce sezionali. Sulla base della griglia concettuale messa a punto dalla Corte di Strasburgo, infatti, si pretende il rinvenimento di un giusto equilibrio alla luce delle specifiche circostanze del singolo caso concreto.

Si tratta, dunque, di un approccio assai lontano da quello fatto proprio dal legislatore unitario-europeo con riguardo ai servizi della società dell'informazione¹⁰⁴, in cui il bilanciamento rispetto a diritti concorrenti è cristallizzato negli articoli 14 e 15 della direttiva 2000/31 per come sommariamente descritti in apertura di questa ricerca. Ai sensi della direttiva sul commercio elettronico, dovrebbe, infatti, risultare ridondante verificare il contesto dei commenti, l'efficacia delle misure previste dall'intermediario al fine di prevenire o di rimuovere i commenti diffamatori di propria iniziativa, l'eventuale responsabilità degli autori diretti del fatto illecito come rimedio alternativo alla responsabilità

contraenti, soprattutto al fine di restringerne il margine di apprezzamento ».

¹⁰³ Sulla funzione della Corte EDU come “giudice del caso concreto” e sul “carattere vincolante” delle sue decisioni, cfr. A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 179 ss.; M.

CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei 'nuovi diritti'*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 543.

¹⁰⁴ Sulle conseguenze discendenti dalla qualificazione delle moderne società come « società dell'informazione », cfr. V. ZENOVICH, *Il « diritto ad essere informati » quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in questa *Rivista*, 2006, 2 ss.

dell'intermediario, la capacità del singolo danneggiato di monitorare la rete alla ricerca di espressioni d'odio ¹⁰⁵, nonché le conseguenze di una pronuncia di condanna sul modello commerciale prescelto da quest'ultimo ¹⁰⁶ (cfr. *Delfi v. Estonia*). Ancora indifferenti dovrebbero risultare, nel giudicare la responsabilità dell'intermediario, le azioni intraprese dal danneggiato e la serietà del pregiudizio da questi sofferto (cfr. *MTE and Index.hu Zrt v. Hungary*), le dimensioni della piattaforma, la sua risonanza mediatica, il fatto che i servizi siano prestati a titolo gratuito (cfr. *Phil v. Sweden*) o, viceversa, nel caso in cui essi siano prestati a scopo di lucro, la grandezza della piattaforma ed il contributo offerto alla circolazione delle informazioni (cfr. *Tamiz v. UK*) o le qualità soggettive del ricorrente che eventualmente giustificerebbero una soglia di tolleranza del danno, da parte di quest'ultimo, più elevata (ove questi, ad esempio, come nel caso *Tamiz v. UK*, sia un politico, sia pure alle prime armi): si tratta, infatti, di bilanciamenti effettuati già a monte dal legislatore europeo.

L'affermazione o la negazione di limiti alla libertà di espressione del provider, di un soggetto, cioè, che svolge una funzione strumentale nella diffusione del pensiero altrui, sulla base di questi parametri, alcuni dei quali sfuggono al suo controllo, altri sono giudicati — in maniera circolare — sul grado della loro adeguatezza ad evitare il danno ¹⁰⁷ con riguardo alla specifica fattispecie affrontata, contiene notevoli insidie non solo per la libertà di cui all'art. 10 CEDU ¹⁰⁸, ma anche per la protezione degli altri diritti

¹⁰⁵ Cfr. par. 158 della pronuncia resa nel 2015 nel caso *Delfi v. Estonia*, ove si legge che « the Court attaches weight to the consideration that the ability of a potential victim of hate speech to continuously monitor the Internet is more limited than the ability of a large commercial Internet news portal to prevent or rapidly remove such comments ».

¹⁰⁶ La Corte EDU, inoltre, valuta il peso della sanzione e le sue conseguenze per il provider in relazione al singolo caso concreto. Tale analisi, però, ove applicata ai grandi numeri dei contenuti generati dagli utenti, non guarda alle conseguenze di lungo periodo, ma solo a quelle relative al discorso oggetto di controversia: se in astratto una condanna ad un risarcimento del danno modesto può soddisfare il controllo della proporzionalità, ove essa dovesse divenire la regola, genererebbe un effetto inibente e condurrebbe alla chiusura di tali spazi di discussione, specie nel caso in cui l'intermediario sia una piccola o media impresa e non una azienda di distribuzione dell'informazione c.d. *Over The Top*. Sul punto, cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nel-*

l'era di Internet, in *Media Laws*, 1, 2018, 4, ove si osserva che « se la rete è nata all'insegna del massimo di decentramento e di apertura, è pur vero che oggi la distribuzione dell'informazione all'utente è concentrata nelle mani di pochi *Over The Top* (OTP), che hanno accumulato un enorme potere economico, in un mondo, come quello dell'economia digitale, in cui meccanismi di lock-in, "effetti di rete" ed economie di scala portano a mercati ad elevatissima concentrazione di tipo oligopolistico o addirittura monopolistico ». Sulla facilità con la quale si creano posizioni monopolistiche nell'economia di internet, cfr. G. M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2010, 861. Sul punto cfr., inoltre, J. M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, 51 U.C. Davis L. Rev. (2018), 1149 ss.

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, cit., 455.

¹⁰⁸ Non si può non segnalare un ulteriore effetto paradossale che sembra discendere da un'interpretazione complessiva della

fondamentali che possono essere aggrediti in rete, in quanto un atteggiamento metodologico di tal fatta conduce ad una inevitabile casistica¹⁰⁹ con la conseguenza della perdita di una regola comune¹¹⁰.

Prima di passare alla trattazione del secondo gruppo di pronunce aventi ad oggetto il problema delle misure di oscuramento sovradimensionato di piattaforme web, giova segnalare un ulteriore effetto collaterale riconducibile alla prospettiva riduttiva adottata dalla Corte EDU nella valutazione del principio di legalità. Entrambe le letture proposte di questo primo gruppo di pronunce determinano, infatti, un esito molto allarmante dal punto di vista della coerenza dell'ordinamento, da quello della integrazione europea e della cooperazione internazionale: non è, infatti, assicurato alcun coordinamento tra il diritto unitario-europeo e quello convenzionale. Gli Stati membri dell'Unione Europea, tutti firmatari della CEDU, si trovano, così esposti ad

prima traiettoria giurisprudenziale esaminata in questa ricerca consistente nel fatto che chi fornisce informazione di qualità ed incontra sempre maggiori difficoltà nel trovare fonti che garantiscano una sostenibilità economica viene trattato in maniera peggiore rispetto a chi asseconi il continuo fluire incontrollato di qualsiasi contenuto, tra cui ad esempio i discorsi d'odio o le fake news, rendendo i media tradizionali perdenti « anche nella loro proiezione sul web ». Il punto è ben descritto da G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, cit., 20, ove si nota come « l'ambiente di Facebook, senza innovazioni di rilievo, finisce inintenzionalmente per sostenere i siti di fake news, o che diffondono i discorsi d'odio. Mentre i media tradizionali e i loro siti web hanno bisogno di recuperare ingenti investimenti necessari per assicurare la qualità dell'informazione, le organizzazioni di fake news non hanno questi costi. Piuttosto per rifarsi dei loro minimi costi di produzione è sufficiente che anche una piccola percentuale di coloro che interagiscono con i loro articoli su Facebook facciano un click per connettersi al loro sito. In questo modo, insieme agli utenti, attraggono investimenti pubblicitari, probabilmente tolti ai media e ai siti che mantengono un certo controllo sulla qualità dell'informazione ». Cfr. anche J. M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, cit., 16 ss. e specialmente 31.

¹⁰⁹ E tuttavia, proprio con riferimento alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, la Corte EDU nella sentenza resa il 26 aprile 1979 nel caso *The Sunday Times v. The United Kingdom* (1), ricorso n. 6538/74, ha affermato che gra-

dualmente la Corte dovrebbe elaborare degli standard condivisi a livello europeo per il godimento dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione: cfr., in particolare, l'opinione concorrente del giudice Zekia. L'effetto parcellizzante della regola comune in qualche modo sembra stemperato, come osserva O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*, in *Media Laws*, 2, 2018, 9, dalla circostanza che « le decisioni della Corte europea riposano in larga parte sulla specificità delle singole situazioni che hanno occasionato, di volta in volta, i ricorsi. Questi elementi consentono di ridimensionare o comunque di ponderare correttamente la portata di pronunciamenti all'apparenza radicali ». Ritiene, invece, che la Corte europea abbia intrapreso la strada più giusta nell'indicazione dei criteri alla cui stregua effettuare il bilanciamento tra diritti concorrenti, ma abbia indicato linee guida troppo generiche ed intercambiabili, C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, cit., 502.

¹¹⁰ Situazione assai preoccupante, se si pensa che tale libertà è una libertà « ontologicamente dinamica »: sul punto, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione, Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, 10, ove l'Autore osserva come « proprio perché si tratta di una libertà ontologicamente dinamica, essa si presta non solo ad ampliamenti ma anche a riduzioni. D'altronde proprio la sua configurazione come libertà pone la questione — comune a tutte le libertà — dei limiti, di quali siano a chi spetta fissarli, quali sanzioni irrogare in caso di loro superamento ».

un dilemma di non poco conto ¹¹¹: l'aver adempiuto fedelmente all'obbligo traspositivo della direttiva sul commercio elettronico nel sistema CEDU (almeno nel caso di pubblicazione su mass media elettronici di affermazioni lesive dell'onore o della reputazione che equivalgano allo stesso tempo a forme di incitamento all'odio ed alla violenza) potrebbe implicare, infatti, la responsabilità dello Stato sul piano dell'inadempimento di obblighi positivi di protezione della reputazione ai sensi dell'art. 8 CEDU ¹¹² (per la mancata previsione di qualche forma di responsabilità civile dell'intermediario ¹¹³). Di contro, lo Stato membro che non avesse recepito esattamente quella direttiva o la cui giurisprudenza non la applicasse correttamente ¹¹⁴ (magari, al fine di tutelare altri diritti di pari rango) si esporrebbe al duplice rischio di un ricorso per inadempimento da parte della Commissione ai sensi degli artt. 258 e 259 TFUE e di un'azione per il risarcimento del danno da parte di quel privato che nel prestare un'attività oggetto di deroga

¹¹¹ Dilemma in altre occasioni risolto attraverso l'elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte EDU del principio della "protezione equivalente" (o "presunzione Bosphorus", dal nome del precedente della Corte EDU che ha fornito una sistemazione organica al principio), secondo cui l'Unione europea tutela i diritti fondamentali in un modo che, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto da quello procedurale, è almeno equivalente a quello della Convenzione. Attraverso il principio della tutela equivalente la Corte EDU presume, senza procedere ad esame nel merito, che una normativa nazionale di derivazione unitario-europea (soprattutto nei casi in cui gli Stati membri UE non godono di margini di discrezionalità, come nel caso di un regolamento) sia conforme alla Convenzione. Sul principio, cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, 200 ss.; G. CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, cit., 33 ss.; E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 762 ss.; A. DI BLASE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, cit., 221 ss. C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, cit., 65. Nella giurisprudenza della Corte EDU, oltre alla sentenza resa dalla Grande Camera il 30 giugno 2005 nel caso *Bosphorus Hava Yolları Tu-*

rizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, ricorso n. 45036/98, cfr. la sentenza resa dalla prima sezione il 6 dicembre 2012 nel caso *Michaud v. France*, ricorso n. 12323/11 e la sentenza resa il 23 maggio 2016 nel caso *Avotiņš v. Latvia*, ricorso n. 17502/07.

¹¹² Cfr., in dottrina, in questo senso, T. E. SYNODINOU, *Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU*, cit., 65. Analoghe considerazioni sono svolte, con riferimento alla violazione dei diritti d'autore e per il caso di legislazioni nazionali che non consentano di rilevare l'identità degli internauti dediti a scambi di contenuti protetti dal diritto d'autore, da M. HUSOVEC, *ECtHR rules on liability of ISPs as a restriction of freedom of speech*, 9 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2014), 109.

¹¹³ Ed effettivamente la Corte EDU al par. 110 della sentenza del 16 giugno 2015 ha osservato nell'incipit della propria *ratio decidendi* che la responsabilità civile per i contenuti diffamatori o per altre forme di espressione vietate deve, in linea di principio, essere mantenuta e costituisce un rimedio efficace per violazioni dei diritti della personalità.

¹¹⁴ Incombe, infatti, sugli Stati membri, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato al comma 3 dell'articolo 4 TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione. Inoltre, ai sensi della stessa norma, gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

alle norme comuni di responsabilità civile (ai sensi degli artt. 14 e 15 della direttiva 2000/31) sia stato condannato sul piano nazionale per non aver vigilato proattivamente sulla propria piattaforma.

4. I RIMEDI SPETTANTI ALL'INTERNAUTA A SEGUITO DI MISURE DI OSCURAMENTO INDISCRIMINATE DI PIATTAFORME WEB DISPOSTE DALLE AUTORITÀ PUBBLICHE.

Occorre spostare, adesso, il riflettore dell'attenzione su un'altra traiettoria giurisprudenziale della Corte EDU avente ad oggetto l'ammissibilità di misure di blocco dell'accesso a interi portali web adottate dalle autorità pubbliche sulla base di esigenze di prevenzione e di repressione penale e la eventuale legittimazione processuale del singolo internauta estraneo ai fatti contestati ad impugnare tali misure. Ci si riferisce segnatamente a tre pronunce della II sezione della Corte EDU in cui, a differenza che nel precedente gruppo di decisioni, si discute dell'ipotesi di ingerenza preventiva e diretta dell'autorità pubblica nella libertà di espressione riconducibile all'adozione di misure di blocco dell'accesso a piattaforme di ampia fruizione¹¹⁵; rispettivamente la sentenza resa il 18 dicembre 2012 nel caso *Yildirim v. Turkey*¹¹⁶; la decisione di irricevibilità assunta l'11 marzo 2014 nel caso *Akdeniz v. Turkey*¹¹⁷; e la sentenza resa il 1° dicembre 2015 nel caso *Cengiz v. Turkey*¹¹⁸.

Per il tramite di questa giurisprudenza entra, dunque, nella contemplazione della Corte l'interesse dei cittadini in quanto utenti dei servizi degli intermediari ad opporsi all'adozione di misure di blocco eccessivamente comprensive¹¹⁹.

Il punto è molto delicato poiché riflette una linea di tendenza assai invalsa tra i paesi facenti parte del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea¹²⁰ volta a contrastare la diffusione di con-

¹¹⁵ In dottrina sui problemi posti da *web-site blocking order*, soprattutto con riferimento alla libertà di espressione, cfr. C. GEIGER-E. IZYUMENKO, *The Role of Human Rights in Copyright Enforcement Online: Elaborating a Legal Framework for Web-site Blocking*, 32 *American University International Law Review* (2016), 43 ss.; E. IZYUMENKO, *The Freedom of expression Countours of Copyright in the Digital Era: a European Perspective*, *The Journal of World Intellectual Property*, 2016, 119; M. H. RANDALL, *Freedom of Expression in the Internet*, 26 *Swiss. Rev. Int'l & Eur. L.* (2016), 235 ss.; Y. AKDENIZ, *Media Freedom on the Internet: An OSCE Guidebook*, Vienna, 2016, 50 ss.; Id. *To block or not to*

block: European approaches to content regulation, and implications for freedom of expression, 26 *Computer law & security review* (2010), 262.

¹¹⁶ *Yildirim v. Turkey*, 18 dicembre 2012, ricorso n. 3111/10.

¹¹⁷ *Akdeniz v. Turkey*, 11 marzo 2014, ricorso n. 20877/10.

¹¹⁸ *Cengiz v. Turkey*, 1 dicembre 2015, ricorso n. 48226/10.

¹¹⁹ Interessi, questi, non espressamente contemplati nel primo gruppo di pronunce incentrate esclusivamente sul rinvenimento di un giusto equilibrio tra i diritti di cui agli art. 8 e 10 CEDU.

¹²⁰ Sul punto, cfr. M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, cit., 110.

tenuti illeciti in rete (specie nel caso di violazione dei diritti d'autore), in assenza di un quadro internazionale comune di riferimento (ed anzi in controtendenza rispetto ad altre esperienze, tra cui quella statunitense ¹²¹), nei casi in cui le piattaforme che ospitano i contenuti illeciti si trovino al di fuori della loro giurisdizione, sia impossibile perseguire gli autori diretti del fatto illecito o l'esperimento di richieste di rimozione di specifici contenuti indirizzate ai fornitori di servizi di hosting ¹²² si sia rivelata infruttuosa. Sebbene, dunque, i ricorsi alla base delle pronunce oggetto di questo paragrafo siano stati tutti rivolti contro la Turchia, un Paese solo candidato ad aderire all'Unione ¹²³, essi rivestono un'importanza indiscutibile anche nel più ristretto ambito unitario-europeo ¹²⁴.

Al centro della scena si pone, dunque, il problema di garantire strumenti di ricorso effettivo (ai sensi dell'art. 13 CEDU) a tutela della libertà di espressione soprattutto ove i destinatari di tali provvedimenti siano piattaforme basate sul web 2.0 ¹²⁵. L'oscuramento di tali servizi conduce, infatti, al blocco dell'accesso non solo al presunto contenuto illecito, ma anche ad un numero

¹²¹ Sul punto, cfr. da ultimo M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union*, cit., 218 ss.

¹²² Cfr. Y. AKDENIZ, *To block or not to block*, cit., 262.

¹²³ Com'è noto, la Turchia è paese associato all'UE dal 1964, ha chiesto di aderire nel 1987, è stato ufficialmente riconosciuto come candidato nel 1999 e le trattative sono iniziate nel 2005. Sul punto, cfr. S. CASSESE, *Global standards for national democracies?*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 701.

¹²⁴ La dimostrazione più limpida di quanto la questione sia centrale anche negli ordinamenti dell'Unione europea ci è offerta dalla pronuncia della Corte di Giustizia UE resa il 27 marzo 2014 nel caso *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12, in cui si è ritenuto compatibile con il diritto unitario-europeo l'ordine inibitorio, a difesa dei diritti di proprietà intellettuale, indirizzato al provider di accesso alla rete, di adottare misure di oscuramento di intere pagine web le cui specifiche modalità tecniche di esecuzione sono rimesse alla scelta dello stesso intermediario tenuto, per un canto, a porre fine alla violazione arrecata da parte di un terzo al diritto d'autore e, per l'altro, a rispettare il diritto alla libertà d'informazione degli internauti attraverso l'adozione di misure « rigorosamente mirate ». In tale cornice, a presidio della libertà di informazione degli utenti della rete, minacciata dal-

l'adozione da parte del privato di misure di restrizione dell'accesso sovrainclusive, sarebbe sufficiente, per la Corte di Giustizia UE, che le norme processuali nazionali consentissero agli internauti la possibilità di ricorrere dinanzi ad un giudice (cfr. in particolare par. 55 e ss.). Singolare — è stato notato in dottrina (cfr. C. ANGELOPOULOS-S. SMET, *Notice-and-Fair-Balance*, cit., 12 ss.) — appare il fatto che la Corte di Giustizia UE abbia demandato il raggiungimento del giusto equilibrio non al giudice, ma al provider: un privato, cioè, che si viene a trovare nella scomoda posizione di dover mediare tra le esigenze di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e il diritto alla libertà di espressione dei propri utenti. Sul punto, cfr. C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright*, cit., 141; J. M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, cit., 11 e 25.

¹²⁵ I tratti peculiari del c.d. web 2.0 sono riassunti da G. M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, cit., 859 ss., « in tre P: a) *pubblicazione*: gli utenti creano i propri contenuti. Non sono più meri utenti/fruitori di contenuti realizzati da altri, ma diventano — se così può dirsi — editori dei propri spazi: si pensi, ad esempio, ai blog, ai servizi offerti a musicisti e artisti (es. Myspace), alla possibilità di pubblicare e condividere foto (es. Flickr) e video (es. YouTube); b) *partecipazione*: gli utenti hanno un ruolo attivo, possono votare per i contenuti immessi in rete (es. Digg) oppure costruire virtualmente comunità di utenti,

indefinito di pagine, di file e di contenuti lecitamente presenti in rete ¹²⁶.

4.1. *Il blocco sovradimensionato di intere piattaforme web a causa di specifici ed isolati contenuti illeciti: la sentenza resa il 18 dicembre 2012 nel caso Yildirim v. Turkey.*

Nel caso *Yildirim v. Turkey* ¹²⁷ la Corte EDU ha affrontato il problema relativo alla compatibilità di una misura penale cautelare di blocco dell'intera piattaforma *Google Sites*, disposta dall'autorità giudiziaria turca (su semplice richiesta dell'autorità amministrativa competente), con il diritto alla libertà di espressione. Il provvedimento di oscuramento era stato disposto per il perseguimento di alcuni reati d'opinione (la pubblicazione di contenuti dissacratori della memoria dell'eroe nazionale Atatürk ¹²⁸ in violazione di un apposito precetto penale ¹²⁹) consumati in uno solo dei tanti siti realizzati dagli internauti utilizzando i servizi di memorizzazione offerti dalla piattaforma oscurata.

Su ricorso del gestore di una delle pagine web estranee ai fatti contestati ¹³⁰, ospitate dalla piattaforma bloccata, la Corte EDU è stata chiamata a valutare la giustificabilità della restrizione della

abbattendo i tradizionali paradigmi delle connessioni umane fondate sulle limitazioni del tempo (è possibile creare una lista di discussione reclutando i compagni delle elementari sparsi in varie parti del pianeta) e dello spazio (è possibile creare un gruppo di persone situate nei vari continenti ed interessati ad un medesimo settore o accomunati dalla medesima passione) (es. Facebook e LinkedIn); c) *personalizzazione*: i nuovi servizi permettono agli utenti di personalizzare i contenuti offerti dalla rete. Si pensi, in questo senso, alla possibilità di visualizzare una prima pagina di un giornale telematico, che rispecchi le proprie preferenze ed i propri interessi (es. il servizio offerto dal New York Times) ovvero alla possibilità di selezionare la propria musica preferita (es. Last.fm)». Sulla specificità dei problemi posti dalle possibilità di interattività offerte dal web 2.0, cfr. U. PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in questa Rivista, 2009, 705 ss.

¹²⁶ Sul punto, cfr. B. VAN DER SLOOT, *The Practical and Theoretical Problems with Balancing*, cit., 449.

¹²⁷ *Yildirim v. Turkey*, 18 dicembre 2012, ricorso n. 3111/10, cit. Sulla decisione, si veda l'ampio commento di G. GURKAYNAK, I. YILMAZ, D. DURLU, *Exploring New Frontiers in the Interface between Free Speech and Access Bans: The European Court of Human Rights' Case of Ahmet Yildirim v.*

Turkey, in 5 *European Journal of Law and Technology* (2014), disponibile online al seguente indirizzo: <http://ejlt.org/article/view/282/425>. Cfr., inoltre, M. Carta, *Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in questa Rivista, 2014, 5 ss.

¹²⁸ La misura disposta dal giudice penale, che procedeva per il reato di lesione della memoria di Atatürk, inizialmente era ben mirata: riguardava, cioè, la sola pagina web ospitata da *Google Sites*, realizzata da un soggetto rimasto anonimo, in cui erano rinvenibili i fatti per cui si procedeva penalmente; in seguito alla richiesta, formulata dall'autorità amministrativa competente ad eseguire il sequestro, di estendere la misura preventiva all'intero portale di *Google Sites*, il giudice bloccò l'accesso a tutta la piattaforma di ospitalità al cui interno erano contenute migliaia di altre pagine web completamente estranee ai fatti contestati, tra cui quella del ricorrente.

¹²⁹ Segnatamente, la legge n. 5816 del 25 luglio 1951.

¹³⁰ Si tratta dunque dell'ipotesi più semplice tra quelle ad oggi affrontate dalla Corte EDU, in cui il provvedimento che dispone l'oscuramento della piattaforma interferisce direttamente con i diritti dei titolari di altri siti ospitati tramite i servizi di hosting assicurati da un grande intermediario: non a caso un motivo di ricorso, non

libertà di espressione operata preventivamente (prima, cioè, che fosse adottata una decisione nel merito) da un'autorità pubblica per circa tre anni in relazione a soggetti (il ricorrente, ma anche l'intermediario) nei cui confronti non era stato intentato alcun procedimento penale.

Analogamente alle ipotesi esaminate nei paragrafi precedenti, il controllo della Corte EDU si dovrebbe sviluppare nelle consuete tre direzioni: il test di legalità, il perseguimento di un interesse legittimo tra quelli elencati dal secondo comma dell'art. 10 ed il test di necessità. Nel caso di restrizioni preventive, la Corte di Strasburgo adotta, però, un parametro di legalità più stringente ¹³¹.

Pur non essendo, infatti, in linea di principio incompatibili con la Convenzione, tali ingerenze necessitano di una base giuridica più solida che sia munita di ulteriori qualità ¹³²: è necessario, cioè, che alla base dell'ingerenza vi sia un quadro giuridico che assicuri sia un controllo stretto sull'ambito di applicazione della restrizione sia un sindacato giurisdizionale effettivo per prevenire qualsiasi abuso ¹³³.

A tale stregua, il controllo della Corte EDU, nel pervenire alla conclusione che l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente non fosse giustificabile, si è fermato all'accertamento della insussistenza di una base legale abilitante la restrizione che rispettasse i requisiti comuni dell'accessibilità e della prevedibilità e quelli più rigorosi prescritti per le ingerenze preventive.

Quanto ai primi, la Corte ha rilevato l'insussistenza di una normativa compatibile con il principio della preminenza del diritto che consentisse sia alla piattaforma sia al ricorrente di poter regolare in anticipo la propria condotta, al fine di evitare l'applicazione, nei loro confronti, della misura cautelare disposta dal giudice nazionale. Nessuna disposizione della legislazione turca faceva, infatti, riferimento alla adottabilità di provvedimenti di blocco indiscriminati di intere piattaforme (a causa della presenza di singole pagine ospitate in esse in cui si fossero consumati illeciti

esaminato dalla Corte, in quanto assorbito da quello relativo alla violazione della libertà di espressione, concerneva la violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU.

¹³¹ La giustificazione di una ingerenza preventiva dell'autorità pubblica dovrà, infatti, risultare estremamente circostanziata e si dovrà tener conto dell'effetto che una siffatta ingerenza potrebbe avere sulla libertà di espressione di altri attori della società. Ed è proprio con riferimento a soggetti estranei alle misure cautelari adottate

che la Corte EDU, nei tre casi che adesso rilevano, è stata chiamata a pronunciarsi. Sul punto, in dottrina cfr. S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit. 400.

¹³² Cfr., in tal senso, *RTBF v. Belgium*, 29 marzo 2011, ricorso n. 50084/06, par. 114.

¹³³ Cfr., in tal senso, *Association Ekin v. France*, 17 luglio 2001, ricorso n. 39288/98, par. 58; *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine*, cit., par. 55.

penali) quali quelli disposti dall'autorità giudiziaria ed effettivamente portati ad esecuzione dall'autorità amministrativa: sulla base della legge 5651 del 4 maggio 2007 disciplinante la diffusione di contenuti su Internet e la lotta contro i reati commessi attraverso Internet avrebbe potuto essere disposto solo il blocco dell'accesso a specifiche "pubblicazioni"¹³⁴.

Quanto ai secondi, le norme che consentivano l'adozione della misura cautelare apparvero alla Corte EDU troppo generiche e attributive di poteri troppo ampi all'autorità amministrativa¹³⁵. La legislazione turca non prevedeva, infatti, che il giudice avrebbe dovuto accertare la praticabilità di misure di blocco meno drastiche: la normativa interna non prevedeva, cioè, l'esercizio di un sindacato giudiziale effettivo che consentisse di ponderare le esigenze di repressione penale con quelle dei terzi a che non fossero rese indisponibili ed inaccessibili grandi quantità di informazioni, non assicurando, così, quel livello di protezione richiesto in una società democratica dal principio dello Stato di Diritto.

4.2. *Utilizzo "passivo" di un sito ed insussistenza dello status di vittima di cui all'art. 34 CEDU: la decisione di irricevibilità dell'11 marzo 2014 resa nel caso Akdeniz v. Turkey.*

Nelle ultime due pronunce che qui rilevano, la Corte EDU, prima di verificare la giustificabilità dell'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione nel merito, è stata chiamata a verificare l'interesse ad agire, ai sensi dell'art. 34 CEDU, dell'utente di piattaforme web oggetto di misure cautelari penali di blocco.

In particolare, con la decisione resa l'11 marzo del 2014 nel caso *Akdeniz v. Turkey*¹³⁶, la Corte EDU ha negato la ricevibilità del ricorso individuale proposto da quell'internauta che lamentava la violazione della libertà di espressione in seguito al provvedimento, disposto nell'ambito di un'azione penale relativa alla violazione dei diritti d'autore, dall'autorità giudiziaria turca, di blocco dell'accesso a due piattaforme dedicate all'ascolto di musica, alla condivisione di informazioni relative al mondo dei musicisti ed

¹³⁴ L'art. 8 della legge sopra richiamata nella traduzione in inglese offerta dalla Corte EDU prevedeva, infatti, che « a blocking order shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences: [...] (b) offences against Atatürk under Law no. 5816 of 25 July 1951 ».

¹³⁵ Al paragrafo 50 della sentenza resa nel caso *Yildirim v. Turkey*, la Corte EDU ha precisato che, sulla base della propria consolidata giurisprudenza, l'articolo 10 CEDU ha riguardo non soltanto al conte-

nuto delle informazioni, ma anche ai mezzi che ne consentono la diffusione: ogni restrizione imposta sui secondi, infatti, per la Corte, inevitabilmente è destinata a riverberarsi, ostacolandola, sulla libertà di espressione nelle sue due forme protette, consistenti, nei diritti rispettivamente di impartire e di ricevere informazioni.

¹³⁶ *Akdeniz v. Turkey*, 11 marzo 2014, ricorso n. 20877/10, cit., su cui si veda in dottrina B. KINIKOGLU, *Evaluating the Regulation of Access to Online Content in Turkey in the Context of Freedom of Speech*, 9 J. Int'l Com. L. & Tech., (2014), 36.

all'offerta di vetrine telematiche per gruppi musicali emergenti: *Myspace* e *last.fm*.

Il ricorrente apparve, infatti, un mero fruitore di quei servizi (« *simple usager* »)¹³⁷ al quale non poteva essere riconosciuto lo status di “vittima” di cui all'art. 34 CEDU: questi per la Corte EDU non solo non avrebbe subito alcun pregiudizio in via né diretta né indiretta derivante da un atto o da un'omissione attribuibili a uno Stato contraente¹³⁸, ma avrebbe, comunque, potuto accedere ai contenuti musicali sfruttando altri canali di trasmissione.

4.3. Utilizzo “attivo” di un sito-web e sua insostituibilità: la sentenza resa il 1° dicembre 2015 nel caso *Cengiz v. Turkey*.

Di segno parzialmente diverso si rivela, infine, la sentenza resa nel caso *Cengiz v. Turkey* del 1° dicembre 2015. La questione affrontata dalla Corte era se il singolo internauta potesse agire (a tutela della propria libertà di espressione) avverso il provvedimento giurisdizionale di oscuramento dell'intera piattaforma di video-sharing *YouTube* disposto, nell'ambito di un'azione penale, a causa della presenza in essa di una decina di video caricati da terzi in cui, come nel caso *Yildirim v. Turkey* (ed in violazione del medesimo precetto penale), si irrideva la memoria dell'eroe nazionale turco.

Al netto di tale similitudine con il caso del 2012, la fattispecie posta all'attenzione della Corte era maggiormente prossima a

¹³⁷ Il provvedimento di blocco ebbe, invero, l'effetto di rendere inaccessibili, non soltanto alcuni brani musicali immessi nei due portali in spregio ai diritti d'autore, ma anche tutte le informazioni e tutti i contenuti lecitamente presenti in essi. La differenza tra le piattaforme prese in esame dalla Corte europea ed i portali dediti alla diffusione illecita di opere coperte dal diritto d'autore era netta: *Myspace* e *last.fm* offrivano una radio in *streaming* personalizzabile, proponevano la possibilità di creare gruppi di utenti che condividessero le stesse passioni e — dedicando degli spazi agli artisti che avessero voluto condividere non solo i propri brani, ma anche la propria biografia — rappresentavano delle vetrine per gruppi musicali emergenti.

¹³⁸ Secondo la Corte di Strasburgo occorreva, infatti, considerare che le due piattaforme (che, non è superfluo segnalare, non ricorsero contro la misura di blocco disposta dal giudice penale) erano state colpite dai provvedimenti impugnati perché erano state riscontrate violazioni della legislazione nazionale a protezione dei diritti

d'autore, ambito, quest'ultimo, su cui i margini di apprezzamento riservati ai singoli Stati contraenti sarebbero molto più estesi rispetto a quelli previsti per le limitazioni fraposte al diritto del singolo a prendere parte a discussioni di interesse generale. Ed invero, si legge nella pronuncia che, « mentre l'articolo 10 § 2 della Convenzione lascia margini di apprezzamento molto ridotti per le limitazioni alla libertà di espressione concernente questioni politiche, gli Stati contraenti godono di ampi margini di apprezzamento nel bilanciare la libertà di espressione con le prerogative proprietarie ». Gli stessi principi sono alla base della decisione di inammissibilità del ricorso presentato dai gestori del sito *The Pirate Bay* resa dalla Corte EDU il 19 febbraio 2013 nel caso *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden*, ricorso n. 40397/12, relativa, però, ad una delle più note piattaforme di *file-sharing* i cui gestori erano stati condannati penalmente per violazione dei diritti d'autore per non aver adottato, sebbene richiesti, alcuna misura atta a contrastare le attività di condivisione di opere protette da parte dei loro utenti.

quella affrontata nella pronuncia esaminata nel paragrafo precedente: il ricorrente, infatti, era non il titolare di un sito web, ma un fruitore della piattaforma altrui.

Per ammettere la legittimazione processuale del ricorrente e, dunque, al fine di superare il precedente negativo in termini rappresentato dalla decisione di irricevibilità resa nel caso *Akdeniz v. Turkey*, la Corte EDU ha fatto ricorso alla figura dell'“utente attivo della rete”¹³⁹ (« *usagers actifs* »): l'indagine, diretta a verificare se il singolo possa lamentare di essere vittima di un provvedimento con cui le autorità nazionali hanno indebitamente disposto il blocco dell'accesso ad un portale web per fatto illecito di un terzo, dipende, secondo i giudici di Strasburgo, da una valutazione delle circostanze del caso concreto, tra cui specifica considerazione meritano sia le modalità di utilizzo del sito da parte del singolo utente sia l'insostituibilità dello stesso quale mezzo di comunicazione nel ricevere o nel condividere informazioni ed idee.

Ed invero, come si evince dal par. 50 della sentenza, la Corte ha attribuito peso dirimente alla circostanza che il ricorrente — a differenza di quanto avvenuto nel precedente da superare in cui questi era un utente meramente passivo — fosse un “utente attivo”; un utente, cioè, che aveva utilizzato *YouTube* non solo per accedere ai video concernenti il rispettivo settore di interessi professionali, ma anche per diffondere e condividere con i terzi il frutto del proprio lavoro ed il proprio punto di vista.

Nella logica del *distinguishing*, poi, la Corte ha valorizzato l'ulteriore differenza rispetto al precedente dell'11 marzo 2014, consistente nella circostanza che *YouTube* fosse una piattaforma insostituibile nell'uso fattone dall'attore, nonché unica e priva di equivalenti per caratteristiche e livello di accessibilità: essa, infatti, permette di attingere sia ad opere artistiche e musicali sia a notizie su temi sociali e politici spesso bistrattate dai media tradizionali¹⁴⁰.

¹³⁹ Recependo, in particolare, un orientamento della Corte costituzionale turca inaugurato con una sentenza del 2 aprile 2014 con riferimento alla tutela della libertà di espressione degli utenti della piattaforma di microblogging *Twitter*, violata dalla decisione dell'autorità amministrativa di bloccare l'accesso al servizio di rete sociale. In particolare, la Corte costituzionale turca ha ritenuto che ritardare la pubblicazione di informazioni o la loro condivisione tramite la piattaforma *Twitter*, anche solo per brevi periodi, privasse di ogni valore il servizio fornito e che, di conseguenza, i ricorrenti, che fossero stati “utenti attivi” della piatta-

forma, avessero un interesse diretto ad agire a tutela della libertà di espressione.

¹⁴⁰ Attribuito ai ricorrenti lo status di vittima indiretta, la Corte ha, dunque, affrontato nel merito la questione se il blocco totale al portale video integrasse « *une restriction disproportionnée au droit des internautes à recevoir et communiquer des informations et des idées* ». Sul punto, la Corte ha ritenuto che l'oscuramento dell'intero portale non superasse il test di legalità, daché la legislazione turca (la stessa normativa presa in esame nel caso *Yildirim v. Turkey*) autorizzava esclusivamente la possibilità di sospendere l'accesso a specifici contenuti.

5. LA GIUSTIFICABILITÀ DI MISURE DI OSCURAMENTO DI PIATTAFORME WEB SULLA BASE DI UN APPROCCIO FONDATO SU RAGIONI DI CONTINGENTE EMPIRICITÀ.

Il blocco dell'accesso ad intere piattaforme web costituisce indubbiamente una misura più attraente, più veloce e più facile da mettere in pratica rispetto alle misure incentrate su richieste di rimozione o di disabilitazione dell'accesso a specifici e puntualmente indicati contenuti illeciti.

L'oscuramento di intere piattaforme web, per di più, non presenta l'inconveniente di imbattersi nel rifiuto del fornitore di servizi di hosting (soprattutto nel caso in cui questi eserciti la propria attività al di fuori dei confini nazionali) di adeguarsi a tale richiesta: il destinatario principale di tali misure è, infatti, il fornitore locale di servizi di accesso alla rete (l'intermediario, cioè, più lontano, nella catena di servizi prestati in rete, dal fatto illecito del terzo).

Siffatta misura, tuttavia, costituisce la forma più invasiva di ingerenza nella libertà di espressione specie quando, come nelle fattispecie esaminate, essa riguardi piattaforme che consentono ai singoli di condividere le informazioni e di interagire tra loro, nelle modalità estremamente partecipate proprie del web 2.0.

Sebbene in due delle tre occasioni in cui la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi si sia riconosciuta la violazione della libertà di espressione dell'internauta, le risposte da essa fornite non restituiscono un quadro a sole tinte rosa. Tale gruppo di pronunce presenta, infatti, due elementi di debolezza.

Il primo si annida nella prospettiva estremamente riduttiva da cui il tema dell'oscuramento delle piattaforme è stato affrontato: esaurito il controllo di legalità non si è, infatti, appurata la proporzionalità dell'ingerenza.

Il secondo concerne il fatto che nell'ammettere o meno la legittimazione processuale del ricorrente ai sensi dell'art. 34 CEDU la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio estremamente ondivago, incentrato su valutazioni di mera opportunità sulle funzioni offerte dalla specifica piattaforma e sul tipo di utilizzo effettuato dal suo fruitore-ricorrente.

Con riferimento al primo, occorre osservare come nell'arrestare al controllo di legalità la propria supervisione sull'ingerenza nella libertà di espressione (sia pure nell'accezione maggiormente qualificata riservata alle restrizioni preventive, prima segnalata), la Corte EDU, nel caso *Yildirim v. Turkey* abbia perso un'occasione preziosa per fornire in chiave prolettica — in un ambito in cui manca un consenso europeo ed internazionale — delle utili indicazioni agli Stati contraenti sulla ammissibilità, dal punto di vista della proporzionalità, di ingerenze di tal fatta.

Sia pur pregevole nell'esito, la sentenza pare difettare, come osservato nell'opinione concorrente del giudice Pinto De Albu-

querque, di una prospettiva meno angusta, che sarebbe stata preferibile per evitare il formarsi di una giurisprudenza oscillante o, peggio ancora, contraddittoria. La Corte, infatti, nello scrutinare esclusivamente la sussistenza o meno, da un punto di vista formale, della base legale abilitante la restrizione, ha perso di vista, in chiave anticipatrice dei futuri sviluppi, la possibilità di rispondere a quesiti dalla portata più estesa: ciò che pare mancare è l'elaborazione di chiare linee guida tali da garantire, da un punto di vista sostanziale, il rispetto della libertà di espressione con riferimento ai parametri della necessità e, dunque, della proporzionalità dell'eventuale restrizione ad essa apportata sulla base di una eventuale espressa e puntuale previsione di legge e tali da orientare i legislatori nazionali (non solo, dunque, quello turco sui cui grava un obbligo di modifica ai sensi dell'art. 46 della CEDU¹⁴¹) nello stabilire un quadro giuridico chiaro e proporzionato relativamente all'adottabilità di misure di blocco dell'accesso a interi siti web. Tra i tanti quesiti che si agitano sul tema dell'oscuramento delle piattaforme web e che avrebbero meritato una risposta, ad esempio, vi sono quelli relativi alle modalità tecniche attraverso cui procedere al blocco dei siti, alla rilevanza (nel giudizio di proporzionalità) della possibilità che essi siano aggirati facilmente con l'uso di comuni espedienti tecnologici, all'estensione geografica delle misure di blocco (nazionale o globale), agli eventuali limiti temporali dei provvedimenti adottati, all'enumerazione degli interessi (tra quelli previsti al secondo comma dell'art. 10 CEDU) che possono dar luogo alla adozione di siffatte misure, all'individuazione delle autorità legittimate ad adottarle (giurisdizionale o anche amministrativa), alla necessità o meno che esse siano notificate al provider dei servizi di hosting ed agli utilizzatori di quei servizi, alla previsione di procedure che permettano agli internauti di impugnarle.

L'altro elemento di debolezza di tale secondo gruppo di pronunce concerne il fatto che, nella cornice estremamente lata di provvedimenti di oscuramento astrattamente prefigurabili in assenza di un consenso europeo ed internazionale, il restringere eccessivamente la legittimazione dell'internauta a ricorrere e l'attribuzione o meno ad esso dello status di "vittima" ai sensi dell'art. 34 CEDU sulla base di valutazioni contingenti rischia di rendere illusoria l'azionabilità del diritto alla libertà di espressione in rete: da un lato, perché la tendenza è quella di spostare sul privato¹⁴² (il provider dei servizi di accesso) la scelta circa le modalità tecniche di attuazione degli obblighi di oscuramento

¹⁴¹ Ed inverso il legislatore turco nel lasso di tempo intercorrente tra la prima e la seconda decisione della Corte EDU modificò la normativa prevedendo espressa-

mente l'adottabilità di misure di blocco estese ad intere piattaforme web.

¹⁴² Come testimoniato dalle pronunce della Corte di Giustizia UE del 27 marzo

delle piattaforme (il rischio del sovradimensionamento della misura concretamente adottata potrebbe essere, dunque, assai elevato); dall'altro, perché i gestori delle piattaforme nei cui confronti viene precluso l'accesso, come accaduto nel caso *Akdeniz v. Turkey*, potrebbero, per ragioni di convenienza economica, non avere interesse alcuno ad impugnare sul piano nazionale tali misure e scegliere di concentrare i propri sforzi commerciali verso altri paesi che adottino politiche più liberali nei confronti degli intermediari della rete (e dell'architettura impressa alle rispettive piattaforme), lasciandosi, dunque, ricadere, ancora una volta, sul solo internauta l'onere di impugnare tali provvedimenti per ottenere una tutela dagli esiti tutt'altro che scontati ¹⁴³.

6. SOMMARI CENNI CONCLUSIVI.

In chiusura di queste osservazioni sembra potersi affermare che le due traiettorie giurisprudenziali esaminate indichino un procedere incerto della Corte EDU sui temi della fruizione della rete e, in particolare, della tutela della libertà di espressione nella struttura estremamente partecipata del web 2.0.

La rimessione della soluzione delle spinose questioni sottese alle pronunce prima esaminate alla individuazione di troppo sottili differenze ¹⁴⁴ — il cui discrimine impedisce all'intermediario di conoscere previamente il quadro normativo disciplinante le sue responsabilità ed al singolo di sapere se potrà accedere o meno al sindacato giurisdizionale al fine di impugnare provvedimenti che si risolvono nell'oscuramento di intere piattaforme web — accresce l'imprevedibilità dei risultati cui la Corte perviene di volta in volta e rende perciò poco trasparente e certo il sistema ¹⁴⁵. Sembra avere un che di paradossale, inoltre, il fatto che la Corte

2014 richiamate in una nota precedente: *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12 e *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, C-484/14. Sulla indesiderabilità dal punto di vista della libertà di espressione di siffatti tipi di delega del controllo dei contenuti circolanti in rete, cfr. A. KUCZERAWY, *The power of positive thinking: intermediary liability and the effective enjoyment of the right to freedom of expression*, CiTiP Working Paper 30/2017.

¹⁴³ La pronuncia di irricevibilità resa nel caso *Akdeniz v. Turkey*, infatti, pone anche in luce come il margine di apprezzamento rimesso dalla Corte EDU agli Stati contraenti, almeno in tema di diritti d'autore, sia estremamente ampio e come, anche con riferimento a siti non dediti alla pirateria digitale, il rischio che il blocco dell'ac-

cesso possa essere ritenuto proporzionato, pur in presenza di occasionali e limitate violazioni, sia davvero elevato.

¹⁴⁴ Quali, ad esempio, le differenze intercorrenti, nella prima traiettoria giurisprudenziale esaminata in questo lavoro, tra espressioni di incitamento all'odio e alla violenza ed espressioni volgari e offensive o a quelle tra grandi piattaforme di informazioni gestite su base professionale e piccoli blog gestiti su base dilettantistica; oppure alle differenze intercorrenti, nella seconda traiettoria giurisprudenziale, tra utente "attivo" ed utente "meramente passivo" della rete o tra sito web "sostituibile" ed "insostituibile" o privo di equivalenti.

¹⁴⁵ Sull'esigenza di certezza relativamente al regime di responsabilità degli intermediari di Internet, dal punto di vista delle implicazioni che il tema indubbiamente ha sui diritti degli internauti, cfr. J. JIE HUA,

di Strasburgo, per un verso, si soffermi sulla elaborazione di linee guida alla cui stregua valutare il raggiungimento di un giusto equilibrio tra i diritti da porre in reciproco bilanciamento nel solo caso della responsabilità degli intermediari della rete, là dove esiste, cioè, un più elevato grado di armonizzazione e, per l'altro, eviti accuratamente di fornire delle indicazioni generali in merito alla ammissibilità, dal punto di vista della proporzionalità, di provvedimenti di oscuramento di intere piattaforme web, pur in assenza di un consenso europeo ed internazionale ¹⁴⁶.

Un tale stato di cose, prima ancora di rischiare di raffreddare il potenziale comunicativo di Internet, è destinato inevitabilmente ad accrescere l'incertezza sull'effettivo grado di tutela che la libertà di espressione ed i diritti fondamentali ad essa concorrenti riceveranno nell'ambito dei 47 Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa (o dei 28 del più circoscritto ambito dell'UE) ed ostacola il progressivo avvicinamento che auspicabilmente dovrebbe avvenire su base spontanea attraverso un processo di osmosi che porti gli ordinamenti ad allinearsi su un nocciolo duro di principi generali e di valori da condividere nella regolamentazione della rete.

Proseguire sul versante di una tutela troppo elastica e dai confini eccessivamente mobili frustra l'esigenza di assicurare alla regolamentazione delle comunicazioni in Internet una logica il più possibile unitaria, pretesa dal carattere a-territoriale della rete ¹⁴⁷. La Corte di Strasburgo, stando alle pronunce qui esaminate, sembrerebbe aver perso l'occasione di offrire una propria ricostruzione autonoma e coerente che, attraverso il prisma dei diritti umani, aspiri a promuovere il superamento delle significa-

Establishing Certainty of Internet Service Provider Liability and Safe Harbor Regulation, 9 NTU L. Rev. 2014, 1 s.

¹⁴⁶ Così sminuendo il suo ruolo di sentinella dei diritti umani. Cfr., in tal senso, S. CASSESE, *Global standards for national democracies?*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 701, ove si nota che « the example of the European Court of Human Rights is instructive, as its interference with national democracies, including mature ones, puts pressure on national governments to democratize: the domestic legal order is subject to a penalty in case of non-compliance. The Strasbourg Court introduces a "dialogue" between a global court and national governments ». Cfr. anche ID., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 993 ss.

¹⁴⁷ Sul punto, cfr. T. E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rass. parl.*, n. 4, 2016, 673 ss., specialmente 678, ove si osserva che i « problemi giuridici posti dalla

tecnologia informatica, nella sfera del diritto costituzionale come in quella del diritto privato, non riescono a trovare più nella dimensione statale la sede idonea alla soluzione di essi. Ecco perché l'analisi del rapporto fra tecnologie (informatiche) e libertà costituzionali non può non svolgersi nel prisma del diritto comparato, in quanto si tratta di una tematica che sfugge sempre più dalla dimensione statale per essere coinvolta nei processi di globalizzazione. Basti pensare proprio a Internet, e alla sua naturale vocazione alla extraterritorialità, in quanto essa travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli ». Cfr. inoltre, S. SICA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in questa *Rivista*, 2010, 377 ss.; S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, cit., 1247 ss.; A. BEVERE-V. ZENO-ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzionatorio. Una visione d'insieme*, in questa *Rivista*, 2011, 375; S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir.*

tive difformità presenti negli ordinamenti interni degli Stati contraenti ed una maggiore armonizzazione rispetto a quella solo parzialmente conseguita (direttamente nell'ambito dell'Unione Europea e indirettamente negli altri Paesi facenti parte del consiglio d'Europa per il suo prestigio) con la direttiva 2000/31¹⁴⁸.

Conclusivamente si può osservare che nel sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali affidato alle Corti interne, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed alla Corte EDU¹⁴⁹, nell'ottica comune di una loro tutela, occorrerebbe evitare, ove possibile, di alimentare incertezze circa la prevalenza e la compatibilità degli uni rispetto agli altri o peggio ancora di fornire l'impressione che si tratti di una mera sovrapposizione disordinata di diritti.

Abstract

This paper, after having brought attention to the main source that inspired the Internet intermediaries' exemption in the Electronic Commerce Directive, namely section 512 of the U.S. Digital Millennium Copyright Act, focuses on the growing tendency in Europe to limit the benefit of protection under the hosting exemption from liability. This trend, at the EU level, includes both

pubbl., 2016, 331 ss.; sul carattere immateriale e transfrontaliero di internet e sui problemi che si pongono a livello di concorrenza sleale, cfr. G. M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in questa Rivista, 2006, 307 ss.

¹⁴⁸ Ed invero, come notato in dottrina, « il principale compito del diritto in questa fase è proprio quello del rinvenimento del difficile *point of balance* del meccanismo della *liability*; anzi, la responsabilità ed il suo regime assumono un ruolo paradigmatico dell'intero *Internet Law*, nel senso che intorno ad esso ruotano il sistema di regole di fondo del settore, la canalizzazione del rischio, con l'obiettivo della prevenzione di due esiti contrapposti e, invero, altrettanto deprecabili: forme di responsabilità oggettiva, ovviamente incompatibili con la sopravvivenza in sé dell'economia del settore e, di contro, zone più o meno franche, in cui vengono lasciate privi di tutela i diritti della persona, le prerogative del cittadino e quelle degli altri imprenditori diversi dagli ISP »; cfr. in questi termini, S. SICA, *Responsabilità del "provider": per una soluzione "equilibrata" del problema*, Il Corriere giuridico, 2013, 506 ss., specialmente 510.

¹⁴⁹ Sistema a volte definito "multilivello"; altre volte "di carattere complesso".

Sul punto, cfr. S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Giureconsulti e Giudici, L'influsso dei professori sulle sentenze, I, Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi* (a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procidia Mirabelli di Lauro, M. Serio), Torino, 2016, 89; M. CARTABIA, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court, in 50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, Lussemburgo, 2013, in http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/155 ss. Che l'orizzonte giuridico dell'internet si presti come pochi alle interconnessioni delle giurisprudenze, cfr. P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *Consulta OnLine*, 11 marzo 2011, <http://www.giurcost.org/studi/passaglia.htm> (ora in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010, Roma, 30 novembre 2010, Napoli, 2011, 59 ss.) nonché V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in questa Rivista, 2000, 271 ss.

holding intermediaries liable for content circulated by their users on their platforms and seeking injunctions (especially in the fields of Intellectual Property protection) requiring ISPs to block (or attempt to block) access to infringing websites. These developments are also confirmed by the case law of the ECHR on article 10 of the European Convention on Human Rights. The article then presents an analysis of two sets of judgments of the ECHR relating to the issue of liability of intermediaries for third-party content and to the feasibility of blanket bans of entire websites. In the first group of cases the main question put before the Court was the possibility for a website operator to be held liable for the delayed removal of illegal comments of internet users even in the absence of a proper notice that the material was illegal. In the second group of cases, the main question put before the Court was whether the blocking of popular platforms such as Google Sites, YouTube and Myspace constituted a violation of the Convention rights of users. The essay specifically aims to investigate the extent to which this case law could be considered to be in harmony with the Electronic Commerce Directive or if it should be seen as a departure from the principles laid down in that directive.