

Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers

Claudio Novelli

Il contributo approfondisce alcune delle tematiche più rilevanti che emergono dalla recente giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP). La sentenza in commento appare problematica nel modo in cui interpreta la distinzione tra hosting provider “passivo” ed “attivo”. In particolare, il passaggio più debole dal punto di vista giuridico-argomentativo è quello in cui i giudici del Tribunale di Roma qualificano l’attività del provider come “attiva” a partire dal momento della sua conoscenza del contenuto illecitamente pubblicato. Questa soluzione, come si vedrà, mal si concilia con la disciplina sul commercio elettronico e con la nuova normativa europea sul diritto d’autore.

Facebook – ISP – Hosting – Responsabilità civile – Commercio elettronico – Diritto d’autore.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Fatto e Svolgimento – 3. Motivazione in Diritto – 4. Profili problematici – 4.1 Quadro normativo – 4.2. Host provider attivi e passivi: obsolescenza accelerata di una distinzione – 4.3 La effettiva conoscenza dell’illecito – 4.4 Verso un meccanismo di Notice and Take Down – 5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

A pochi giorni dalla pubblicazione della sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma, che riconosceva la responsabilità civile di un host provider attivo – Vimeo LLC – il medesimo Tribunale arriva ad una conclusione analoga, ma per una piattaforma diversa. In entrambi i contenziosi è parte attrice la RTI S.p.A. del gruppo Mediaset, titolare in via esclusiva dei marchi di ‘Retequattro’, ‘Canale 5’ e ‘Italia 1’. Tuttavia, nella sentenza in commento (R.G. 33124/2012) sono convenute la società Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited.

La peculiarità della sentenza in commento è che nonostante Facebook sia tipicamente considerato come un host provider passivo, il giudice capitolino lo condanna ugualmente per i contenuti pubblicati da terzi sulla sua piattaforma. La sentenza che verrà esposta rappresenta solo una delle molteplici decisioni idonee a sollevare il tema della responsabilità del

l’Internet Service Provider e fungerà da pretesto per introdurre la tematica con uno sguardo più ampio.

2. Fatto e Svolgimento

Con atto di citazione dinanzi al Tribunale di Roma (Sezione specializzata in materia di Impresa), la società Reti Televisioni Italiane S.p.A. e la sig.ra Valentina Ponzzone convenivano in giudizio la Facebook Inc. e la Facebook Ireland Limited, quali titolari del celebre ed omonimo social network.

Per ragioni di chiarezza espositiva è necessario precisare che la sig.ra Ponzzone è un’artista che ha prestato la propria voce per la sigla televisiva di un cartone animato di nome ‘Kilari’, rispetto al quale la RTI vanta diritti di sfruttamento economico in esclusiva italiana.

Le parti attrici lamentavano la creazione di una pagina telematica sul social network Facebook dal

L’A. è dottorando in *Law, Science and Technology* (LAST-JD) presso l’Università di Bologna e presso l’Università del Lussemburgo.



titolo *Valentina Ponzone nei panni di Kilari è assolutamente ridicola*. La condotta illecita rilevata dalle attrici riguardava, essenzialmente, due profili.

In primo luogo, la pubblicazione sulla pagina di commenti offensivi e irrispettosi nei confronti della Ponzone. Secondariamente, veniva denunciata la pubblicazione non autorizzata di collegamenti ipertestuali che rimandavano a immagini e video della serie animata trasmessa su Italia 1.

Come provato in giudizio dalle attrici, nonostante la pagina fosse stata segnalata alla piattaforma Facebook e ne fosse stato diffidato l'oscuramento nonché l'eliminazione delle informazioni illecitamente caricate, la rimozione avveniva quasi due anni dopo.

Nelle conclusioni, la RTI e la Ponzone chiedevano di accertare la violazione dei diritti all'onore ed alla reputazione, la lesione dei diritti di utilizzazione economica di RTI e dei corrispettivi diritti sul marchio 'Italia 1'. Chiedevano, infine, la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non (quantificati in euro 250.000,00 per parte) e di inibire le convenute da ogni futura violazione.

Costituitesi in giudizio, le convenute eccepivano il difetto di giurisdizione del giudice italiano e si difendevano in merito alla responsabilità civile attingendo alla propria qualifica di hosting provider passivo. Rigettavano, inoltre, la tesi sostenuta dalle parti attrici sulla illiceità delle condotte tenute perché "il mero linking di contenuti già liberamente accessibili, anche in assenza del consenso del titolare dei diritti, non costituiva di per sé violazione dei diritti di privativa"¹.

3. Motivazione in Diritto

Il giudice di prime cure affronta preliminarmente la questione afferente l'asserita carenza di giurisdizione così come eccepita dalle società convenute.

Secondo il Tribunale questa eccezione è infondata stante l'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 perché, come numerosa giurisprudenza delle Sezioni Unite riconosce², la giurisdizione italiana ha modo di applicarsi anche laddove il convenuto sia domiciliato in uno Stato non contraente.

In particolare, interpretando il criterio del *forum commissi delicti* (art. 5, n. 3, Convenzione di Bruxelles)³ come il luogo in cui è stato procurato il danno e non già quello in cui è avvenuto l'upload del materiale potenzialmente lesivo, il giudice statuisce che questo luogo coincide con la residenza delle attrici – sig.ra Ponzone e RTI – perché è in quel territorio che ha espletato il suo valore illecito la condotta denunciata.

L'azione di responsabilità promossa dalle attrici, invece, viene accolta.

Dapprima, il giudice si occupa di accertare e riconoscere la effettiva titolarità dei diritti di utilizzazione economica sui contenuti del cartone animato di interesse e sul prodotto della collaborazione artistica della sig.ra Ponzone, al fine di rigettare la mancanza di legittimazione attiva prospettata dalle convenute.

Sulla offensività delle dichiarazioni comparse sulla pagina telematica ed il conseguente danno all'onore ed alla reputazione della sig.ra Ponzone, il giudice richiama il corretto bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e i corrispettivi diritti della persona. Suddetto bilanciamento è ispirato ai correttivi contemplati dall'applicazione della fattispecie scriminante: verità oggettiva del fatto e continenza (formale e sostanziale)⁴.

La messa a disposizione del pubblico di materiale audiovisivo non autorizzato di proprietà della RTI, benché attraverso collegamenti ipertestuali ad un sito terzo quale Youtube, viene riconosciuta come illecita.

Fin qui non emergono aspetti singolari della sentenza ed i profili affrontati appaiono soltanto complementari alle argomentazioni decisive sviluppate dal giudicante e che, evidentemente, attengono alla assegnazione della responsabilità civile.

La difesa delle convenute sul punto ruota principalmente attorno alla ostensione della propria natura di host provider passivi che, in deroga alla disciplina *ex art. 2043*, permetterebbe alle piattaforme di tal guisa di essere esenti da responsabilità per il materiale pubblicato in assenza di un controllo preventivo e di una diffida "qualificata" ovvero dell'ordine di rimozione emesso dalla pubblica autorità⁵.

Benché nelle motivazioni della sentenza venga riconosciuta la distinzione tra lo status di host provider passivo e host provider attivo (nonché la differenza che corre tra le diverse ipotesi di intermediazione dell'internet provider), il giudice prende dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE) l'argomento per il quale non ricorre l'esenzione della responsabilità prevista all'art. 14 della direttiva 31/2000 per il semplice fatto la conoscenza dell'illecito sia avvenuta con forma "atipica". Questa impostazione slega l'obbligo di rimozione da parte del provider (sia attivo che passivo) dalla necessità della segnalazione proveniente da un'autorità competente oppure dalla esplicita diffida del titolare dei diritti che invece potrebbe sorgere a seguito della notizia dell'illecito "comunque acquisita"⁶.

Viene, pertanto, evocato l'art. 48 della direttiva n. 31/2000 che apre alla possibilità che il singolo Stato membro applichi un criterio meno restrittivo



vo rispetto alla comunicazione pervenuta al provider sulla condotta illegale.

La *ratio* della norma sembrerebbe essere quella di intensificare il dovere di diligenza e controllo sulle attività “ospitate” dal provider affinché le condotte sanzionabili possano essere più facilmente individuate.

Secondo il giudice capitolino, un intervento di questa natura da parte del provider non si traduce in un controllo preventivo o generalizzato, ma continua ad essere declinato entro l’ambito di un controllo *ex-post* ancorato ai singoli contenuti. Ne discende che, se il prestatore di servizi non si attiva tempestivamente per la eliminazione del contenuto virtuale risulterà inerte e, conseguentemente, responsabile.

In adesione a questo principio, il giudice di primo grado procede a verificare se nel caso di specie Facebook fosse stato messo adeguatamente a conoscenza della pagina contestata e dei suoi contenuti. Secondo Facebook, infatti, le segnalazioni ricevute non erano idonee ad azionare il proprio obbligo d’intervento perché le diffide prodotte da controparte non indicavano l’URL dei commenti offensivi. Il giudice, tuttavia, respinge questa eccezione rilevando come l’URL non corrisponda al dato informatico di per sé, ma si limita a individuare il luogo virtuale nel quale esso è collocato⁷.

Alla luce di queste considerazioni il giudicante ritiene sussistere la responsabilità dell’host provider che, stante la validità delle segnalazioni ricevute e della reiterazione delle diffide nel tempo, provvedeva alla cancellazione della pagina Facebook soltanto dopo due anni dalla prima comunicazione inviata dalle parti attrici. Un termine così lungo viene inteso come una colpevole omissione del proprio dovere di intervento e di diligenza. Si conclude per l’accertamento della responsabilità delle convenute a titolo di «[...] cooperazione colposa mediante omissione, per la violazione dei diritti della persona di entrambe le attrici e dei diritti autoriali spettanti a RTI [...]»⁸.

Nonostante la già avvenuta rimozione della pagina contestata, la sentenza accoglie la domanda di inibitoria nell’ottica di prevenire il ripresentarsi degli illeciti e riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale ad entrambe le attrici per la lesione dell’onore, del decoro e della reputazione oltre che per la lesione del diritto d’autore. Non accoglie, invece, la domanda della RTI sulla violazione dei diritti sul marchio sostenendo che le convenute non se ne fossero appropriate o, tantomeno, ne avessero trovato giovamento economico.

In ultimo, liquida in via equitativa il danno non patrimoniale in favore delle attrici, mentre rinvia all’art. 158, 2° comma, l. 1941/633⁹, per la lesione

del diritto d’autore quantificato in ottemperanza al criterio c.d. “prezzo del consenso”¹⁰.

Dunque, Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited sono state condannate in solido al risarcimento di euro 30.000,00 circa, ai quali si aggiunge l’inibitoria accompagnata dalla penale di euro 1.000,00 per ogni successiva inosservanza o violazione.

4. Profili problematici

La sentenza in commento, pur sposando un orientamento non del tutto nuovo in giurisprudenza¹¹, si espone a diverse critiche. Esse sono spiccatamente condensate sulla parte della decisione che affronta il tema della responsabilità civile del provider.

Si ha l’impressione che questa tematica stia aprendo una breccia nella giurisprudenza italiana che, prendendo atto del diverso ruolo assunto nel tempo dai provider, assegna un diverso onere di gestione delle informazioni caricate sulle piattaforme come Facebook.

Tuttavia, quello che cercherò di evidenziare in questo commento è che la direzione che il giudicante sembra indicare alimenta alcune perplessità.

Prima di affrontare nel merito gli argomenti più spinosi, la questione preliminare sulla giurisdizione non appare francamente problematica: la Convenzione di Bruxelles ha efficacia *erga omnes* in quanto richiamata dall’art. 3 della l. n. 218/1995, laddove è stabilito che la giurisdizione italiana vige non solo quando il convenuto è residente o domiciliato in uno Stato contraente ma anche ad un non contraente se «[...] si tratti di materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione [...]»¹².

4.1. Quadro normativo

Cercando di contestualizzare la vicenda e le riflessioni di carattere giuridico che ne seguono si prende atto del primo problema: la vetustà della disciplina di riferimento.

Per quanto paradossale possa apparire, la direttiva n. 31/2000 ed il corrispondente decreto attuativo n. 70/2003 sono già quasi inadeguati a normare lo spazio virtuale di interazione sociale. Questo avviene perché le piattaforme social vivono un processo di trasformazione molto rapido ed ogni due/tre anni possono cambiare, anche sensibilmente, forma e funzionamento.

La disciplina definita nella direttiva sul commercio elettronico inquadra in maniera sistematica i c.d. ISP - Internet Service Provider. Distingue, agli artt. 12, 13 e 14¹³, le diverse funzioni che tali provider possono mettere a disposizione degli utenti. I social



network, nello specifico, svolgono una funzione di hosting: provvedono alla memorizzazione di informazioni e/o dati provenienti dal destinatario stesso del servizio. Quindi, non vanno confuse con gli altri ISP che, invece, si limitano a trasmettere delle informazioni tramite delle reti di comunicazione (nel caso del “mere conduit” il servizio può anche solo esplicarsi nel dare accesso ad una rete di comunicazione).

Il legislatore europeo non si limita alla definizione delle diverse attività prestate dagli ISP, ma configura una disciplina sulla responsabilità di questi intermediari per le ipotesi di illeciti civili e penali realizzati da soggetti terzi (utenti perlopiù).

Se da un lato il legislatore impone una responsabilità per contenuti pubblicati da terzi, dall’altro lato esclude chiaramente la sussistenza un onere di controllo preventivo e generalizzato che ricada sul provider¹⁴. Al social network, ad esempio, non potrà essere richiesto di fare un filtraggio *ex ante* e a tappeto per consentire la pubblicazione di materiale.

Già questa previsione dimostra una comprensione “datata” delle potenzialità di alcuni provider come Facebook che, con il tempo e grazie allo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale (il cui progresso accelera in forza di modelli di apprendimento automatico¹⁵), sarebbe astrattamente in grado di svolgere un controllo sulla pubblicazione di ogni singolo contenuto da parte di ciascun utente, malgrado la sua caratteristica di host provider passivo¹⁶. Avrebbe, certo, delle difficoltà nella effettiva comprensione della illiceità di alcuni contenuti e, quindi, sulla meritevolezza della rimozione forzata degli stessi, ma potrebbe essere certamente in grado di rilasciare degli *alert* da sottoporre alla supervisione umana. A dire il vero, alcuni host già utilizzano forme di monitoraggio automatico seppure limitatamente ai contributi immagini-video.

Ciò nonostante, la norma vigente appare valida perché la prospettiva di un monitoraggio *ex ante* non esalta del tutto, non risultando chiaro come il controllo potrebbe e dovrebbe funzionare. Si esporrebbe, forse, a pericoli di eccessiva limitazione della libertà di espressione.

Oltretutto, un controllo anteriore alla pubblicazione o al caricamento di un contenuto digitale sarebbe alla portata di un hosting provider attivo, mentre troverebbe non poche complicazioni per quelli passivi (a breve si tornerà sulla distinzione).

La responsabilità cui fa esplicito riferimento la direttiva europea sul commercio elettronico, invece, pertiene solo il controllo successivamente esercitato dal provider e si presta maggiormente ad essere applicato a quei soggetti che, come Facebook, hanno natura di host provider passivi.

L’art. 14 riconosce la sussistenza della responsabilità del provider soltanto nei casi in cui questi ha conoscenza dell’attività o della informazione illecita – o delle circostanze che la rendano manifestamente illecita – e presa conoscenza di tale illiceità, non prenda alcun provvedimento in merito.

Nel decreto attuativo il legislatore italiano inserisce, tra il tessuto normativo predisposto dalla direttiva, un aspetto sul quale la giurisprudenza e la dottrina non paiono concordare.

L’art. 16 del d.lgs. n. 70/2003, richiamando l’art. 14 della direttiva europea in merito all’obbligo di azionarsi una volta ricevuta la segnalazione del materiale illecito, affianca a questo onere il requisito della comunicazione proveniente dalle “autorità competenti”. Questo crea dei problemi non secondari che hanno modo di divampare nella pratica giurisprudenziale: l’orientamento maggioritario si discosta dal requisito di cui sopra¹⁷. Ciò accade anche perché spesso l’interprete cerca di dare una lettura armonizzata dell’art. 16 e le altre disposizioni del decreto attuativo tra tutte, l’art. 17¹⁸.

Il contesto giuridico non eccelle in linearità e andrebbe corretto attraverso un intervento legislativo sia a livello nazionale, come ha parzialmente fatto il legislatore tedesco, che europeo affinché la responsabilità dei provider (in particolare quelli passivi) possa essere accertata seguendo dei criteri di non esclusiva speculazione giurisprudenziale.

Va aggiunto al quadro normativo esposto la nuova direttiva sul copyright del Parlamento Europeo (0593/2016). Nell’ultima versione della direttiva, approvata il del 26 marzo 2019, troviamo alcune considerazioni utili alla nostra riflessione. In particolare, all’art. 17 paragrafo 4, viene riconosciuta la responsabilità del prestatore di servizi che non abbia diligentemente profuso il massimo sforzo per assicurare la tutela degli aventi diritto e che non abbia agito tempestivamente, su segnalazione “sufficientemente motivata dai titolari dei diritti”¹⁹, alla rimozione del materiale oggetto di diffida. Al paragrafo 9 del medesimo articolo, poi, viene sollecitata l’adozione di un meccanismo di reclamo “celere ed efficace” che fornisca agli utenti una procedura telematica per disabilitare l’accesso, o domandare la rimozione, di opere e materiali pubblicati sulla piattaforma del provider (l’indirizzo è chiaramente quello del modello di “Notice and Take Down”). Viene precisato, inoltre, che i reclami presentati nell’ambito del predetto meccanismo saranno comunque sottoposti alla “verifica umana”²⁰. Attendiamo di vedere come la direttiva verrà recepita dagli Stati membri.



4.2. Host provider attivi e passivi: obsolescenza accelerata di una distinzione

Prima di approfondire le ragioni che hanno portato all'obsolescenza della classificazione in ISP attivi e passivi, occorre chiarire alcuni aspetti preliminari.

I servizi forniti da piattaforme come Facebook, Youtube, Vimeo o Instagram sono considerati attività di "aggregazione" di contenuti caricati in rete da soggetti terzi. Le aziende di cui sopra non creano, se non nelle stesse modalità degli individui che vi partecipano, dei contenuti propri ma immagazzinano dati che chiunque può caricare. La memorizzazione compiuta in questi casi è un contratto atipico che obbliga il provider a fornire uno spazio di memoria sul proprio server ed una serie di servizi complementari a questa concessione²¹.

Tradizionalmente, nella giurisprudenza, viene fatta una distinzione tra gli *aggregatori* (ISP) facenti parte della rete: host provider attivi ed host provider passivi²².

In ragione di questa demarcazione si cerca di capire quale ingerenza avrebbero effettivamente i provider nella pubblicazione di materiale censurabile. Per arginare, forse, l'ambiguità della stessa direttiva europea nel disciplinare la responsabilità degli host provider, si separano quelli in grado di operare una verifica sul materiale caricato, perché dimostrano di avere un ruolo attivo nel procedimento digitale che culmina nel caricamento, da quelli che invece sono dei contenitori "inerme".

La direttiva europea è come se fosse tarata solo su di una definizione di host provider passivo. Al contempo, però, lascia trapelare la possibilità, sfruttata dalla giurisprudenza italiana, di classificare ulteriormente gli ISP in ordine al loro concreto coinvolgimento nella creazione dell'intrattenimento virtuale. Questo spazio di manovra è ricavabile, peraltro, anche dai considerando n. 42 della direttiva 31/2000: «Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

Alcune sentenze italiane, infatti, per chiarire l'elemento distintivo degli host attivi rispetto a quelli passivi fanno riferimento a quell'insieme di attività

che la piattaforma svolge nell'organizzare i contenuti inseriti dagli utenti o che, altrimenti, sfruttino quei contenuti per trarne un sostegno finanziario²³.

Gli host attivi, quindi, benché non vengano costretti a svolgere il controllo *ex-ante* come la stessa direttiva esclude, sono spesso considerati responsabili quando, messi a conoscenza da parte degli stessi titolari dei diritti lesi dei contenuti illeciti, non abbiano provveduto alla loro rimozione e, anzi, hanno continuato a prestare i servizi e gli strumenti prodromici alla prosecuzione della condotta illecita²⁴.

La creazione, tutta giurisprudenziale²⁵, della categoria degli host provider attivi ha una certa consistenza. Il tentativo è quello di escludere l'esenzione dalla responsabilità per quelle situazioni che vedano la compartecipazione diretta di un provider (che si un network provider, un content provider o un service provider poco conta).

Quando si è trattato di fissare i termini di questa compartecipazione, utile per l'attribuzione della qualifica soggettiva di host provider attivo, la giurisprudenza ha segnalato diversi elementi di prova o c.d. "indici di interferenza".

Si fa principalmente riferimento alle attività di catalogazione, categorizzazione e indicizzazione dei contenuti, la creazione di una griglia di video o documenti correlati e lo sfruttamento economico del materiale caricato attraverso meccanismi di pubblicizzazione.

In altre parole, se i contenuti non sono messi sulla piattaforma in maniera un po' casuale e automatizzata, ma sono gestiti secondo un attento quadro organizzativo allora il provider più che un semplice e innocuo aggregatore sarà più facilmente assimilabile ad un'azienda²⁶.

Si potrà constatare come l'emersione di questa nuova figura soggettiva prenda le mosse da una sorta di argomento *a contrario* rispetto a quello che viene stabilito proprio dal considerando n. 42 sopracitato.

Sulla scorta di questi requisiti è stato possibile, in passato, avere delle pronunce che condannavano piattaforme come Vimeo e Break Media²⁷.

La differenza in questione ha avuto spiccata rilevanza nell'accertamento della responsabilità civile. Benché la normativa comunitaria e quella italiana non esplicitassero un diverso trattamento da prevedere per queste due figure ed escludessero l'obbligo di attivarsi per la rimozione del materiale su diffide provenienti dagli interessati, si è progressivamente affermato che gli host attivi, in ragione della loro posizione "privilegiata", potessero agire anche subito dopo la segnalazione atipicamente ricevuta.

In breve, a seconda dell'attività svolta dall'ISP avremo diversi criteri di imputazione della respon-



sabilità: dipendente dalla colpa *commissiva* per un ISP attivo o da una colpa omissiva per l'ISP passivo (diamo per scontato che il fatto illecito in discussione sia stato prodotto dalla condotta di un soggetto terzo-utente)²⁸.

Il superamento da parte della giurisprudenza della visione "naïf" per cui i provider non sanno né possono immaginare cosa venga messo in rete dai destinatari dei servizi, non appare di per sé contestabile. Una prospettiva più pericolosa è quella in cui, invece, le divergenze pratiche tra gli svariati protagonisti della "comunità virtuale" vengano liquidate o appiattite, specialmente in assenza di una normativa cristallina in materia.

Orbene, dalla sentenza in commento sembra emergere una prospettiva siffatta e che mette in risalto lo scetticismo circa la distinzione tra host provider passivo ed host provider attivo. Il passaggio della decisione che espone questo tipo di criticità è localizzato nella parte in cui il giudice valuta l'effettività della conoscenza, da parte del provider, della natura illecita del contenuto. La dimostrazione della presa conoscenza di Facebook del contenuto illecito, secondo il giudice capitolino, fa venir meno la rilevanza di un trattamento giuridico differenziato per gli ISP.

In altre parole, l'aver preso contezza delle segnalazioni provenienti dai titolari dei diritti lesi, fa decadere l'utilità della verifica intorno alla natura del provider che, sia esso passivo o attivo, avrà comunque l'obbligo della immediata rimozione.

4.3. La effettiva conoscenza dell'illecito

Il Tribunale ritiene che la neutralità di Facebook, in quanto host provider passivo, rispetto alle informazioni caricate al suo interno venga meno «[...] non appena ricevuta la notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio»²⁹. Questa mossa argomentativa è, quantomeno, criticabile perché non configura la responsabilità di Facebook alla luce della sua capacità tecnica di prevenire e controllare ciò che viene introdotto nel proprio "spazio", ma per la mera ricezione della notizia dell'illecito³⁰.

Il giudice di prime cure, infatti, non motiva approfonditamente quali fossero le facoltà di sorveglianza riconoscibili al social network. A determinare la condanna non è la qualifica di ISP attivo e la conseguente idoneità ad essere edotto dei fatti illeciti quand'anche attraverso diffide stragiudiziali, bensì il fatto che: "l'hosting provider non appena ricevuta la notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio, deve attivarsi al fine di consentire la pronta rimozione delle informazioni immesse sul sito o per

impedire l'accesso ad esse, in quanto egli è tenuto a svolgere la propria attività economica nel rispetto di quella diligenza che è ragionevole attendersi per individuare e prevenire le attività illecite specificamente denunciate³¹."

In questo modo viene resa superflua la verifica sull'attività che il provider concretamente pone in essere. Perché questo tipo di percorso argomentativo risulta problematico? Occorre nuovamente prestare attenzione alla normativa vigente.

La direttiva 31/2000/CE, all'art. 14 lett. b), 1° comma, prevede che l'host, non appena al corrente dei fatti illeciti agisca immediatamente per rimuoverli o per disabilitarne l'accesso. Contestualmente, al 3° comma, lascia impregiudicata la possibilità, per lo Stato membro, di definire le procedure utili a porre fine alle violazioni attraverso suddetta rimozione o disabilitazione.

L'art. 15 della medesima direttiva, poi, stabilisce che non esiste un obbligo generale di sorveglianza o di ricerca attiva sulle informazioni possibilmente illecite che i provider "trasmettono o memorizzano" e consente agli Stati membri di introdurre dei propri meccanismi di pronta segnalazione delle informazioni "sospette" alle autorità competenti³².

Gli artt. 16 e 17 del d.lgs 70/2003 dimostrano come il legislatore italiano, nell'attuare la direttiva comunitaria, abbia recepito anche le indicazioni di cui sopra. L'art. 16, in particolare, esclude la responsabilità dell'host provider per i contenuti da lui trasmessi o memorizzati, salvo i casi in cui il fornitore fosse a conoscenza dell'illecito oppure quando, entrato a conoscenza su comunicazione delle autorità competenti, non abbia agito per eliminarlo.

L'art. 17, parzialmente sovrapponibile all'art. 15 della direttiva, prescrive l'obbligo del fornitore di servizi di informare "senza indugio l'autorità giudiziaria o amministrativa aventi funzioni di vigilanza" quando anche solo per presunta esistenza di contenuti illeciti. Ancora più esplicito è il 3° comma dello stesso art. 17 che attribuisce responsabilità civile al prestatore laddove non abbia ottemperato alla richiesta di oscuramento o rimozione del contenuto proveniente dall'autorità avente funzioni di vigilanza.

È facile apprezzare dal dato normativo, sia europeo che italiano, l'intenzione di introdurre una tipicità nella c.d. conoscenza "effettiva" dell'illecito da parte dell'ISP. Si cerca, ragionevolmente, di individuare un criterio normativo che conferisca alla "effettività" un significato affidabile. In nessun caso, infatti, si fa riferimento a meccanismi per i quali si deduca automaticamente la colpevole conoscenza del provider a seguito di qualsiasi segnalazione o diffi-



da proveniente da soggetti non riconosciuti (e quindi anche dal titolare del bene offeso).

Gli unici obblighi che seguono all'apprendimento, reale o putativo, del fatto illecito sono quelli di informare l'autorità delegata o di attivarsi "prontamente", su comunicazione della stessa, e non già quelli di procedere alla rimozione *de plano* del materiale virtuale.

Alla luce di quanto esposto non può che suscitare perplessità la valutazione del collegio giudicante nella parte in cui ritiene provata la presa conoscenza del contenuto illecito da parte di Facebook a seguito delle sole segnalazioni delle attrici. Nella sentenza si legge che: "[...] essendo stato accertato che le titolari del portale Facebook non hanno adottato tutte le misure ragionevolmente esigibili nel caso di specie per impedire la diffusione illecita dei contenuti e che, quindi, non hanno agito secondo la diligenza che può essere ragionevolmente richiesta all'hosting provider [...]".

È premura di chi scrive precisare che la motivazione in oggetto non pare del tutto incompatibile in relazione ad un provider che mantenga una certa sovranità sui contributi degli utenti – vale a dire le figure soggettive emerse in giurisprudenza dei c.d. ISP attivi – ma impone una riflessione circa la sua appropriatezza per gli ISP passivi. Per questi ultimi la conoscenza legale non può che decorrere, ai sensi dell'art. 16, 1° comma e dell'art. 17, 3° comma, d.lgs. 70/2003, soltanto dalla comunicazione dell'autorità competente³³.

Considerata la peculiarità della disciplina non sembra convincente omettere di accertare la natura dell'attività svolta dal provider.

Peraltro, non è assolutamente detto che un'analisi in tal modo condotta porti necessariamente a considerare Facebook come un ISP passivo. Di certo questa sentenza non contribuisce a comprenderlo.

Così pronunciandosi il Tribunale trascura ogni approfondimento sulle caratteristiche tecniche ed operative che caratterizzano i diversi host providers³⁴. Elementi, questi, che avrebbero invece modo di giustificare un diverso temperamento dei fattori rilevanti per attenuare o irrigidire, a seconda dei casi, un regime di responsabilità forse non più adeguato a regolamentare l'amministrazione delle interazioni virtuali da parte dei grandi attori dell'Internet.

4.4. Verso un meccanismo di *Notice and Take Down*

Sebbene l'approccio adottato dalla sentenza n. 3512/2019 non metta in campo delle valutazioni nuo-

ve alla giurisprudenza, e aldilà delle obiezioni di merito che mi riservo di esprimere nelle conclusioni, esso crea una instabilità perlopiù dovuta alla indeterminatezza normativa di fondo. In altre parole, manca un meccanismo chiaro circa le modalità con cui il controllo successivo ed autonomo del provider debba essere posto in essere.

A voler interpretare le intenzioni della giurisprudenza conforme a questo orientamento, verrebbe da constatare un interessamento verso le procedure adottate dal diritto statunitense e recepite nel *Digital Millennium Copyright Act* (1998). Il modello sposato dal documento sulla proprietà intellettuale è il c.d. *notice and take down*. Questo sistema consente al soggetto leso dalla pubblicazione di un contenuto illecito di segnalare tale evento all'ISP e, una volta avvenuta la notifica, maturare il diritto alla rimozione.

Il provider diligente, dal canto suo, potrà beneficiare della esenzione della propria responsabilità anche quando, in un secondo momento, dovesse risultare infondata la "denuncia" promossa dal soggetto che si intendeva danneggiato.

Come argine alla incentivazione di segnalazioni casuali, il meccanismo del *notice and take down* richiede che la diffida stragiudiziale abbia la forma di una comunicazione formale e sia, quindi, corredata da requisiti stringenti. La sussistenza di questi requisiti di compilazione della notifica discolpa automaticamente il provider ed assicura la prova della conoscenza effettiva di quest'ultimo al soggetto titolare del diritto leso.

In particolare, il DMCA non solo regola la forma della segnalazione ma introduce, come condizione necessaria, l'obbligo per il provider di dotarsi di un organismo interno che si occupi della ricezione delle notifiche:

"The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office (A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate³⁵."

A ciò si aggiunge il fatto che il sistema statunitense assicura, attraverso la *counter notification*, una forma sommaria di contraddittorio che si sviluppa se l'utente che ha caricato il contenuto rimosso o segnalato contesta formalmente tale diffida. L'ISP metterà quindi il proponente iniziale a conoscenza della resi-



stenza, avvenuta attraverso la contro-notifica, informandolo che a partire da quella data avrà un termine di dieci giorni lavorativi per trasferire il contraddittorio in sede giudiziaria, scaduto il quale il provider potrà reinserire nuovamente e in maniera legittima i contenuti segnalati³⁶.

Non c'è dubbio che questo sistema, benché criticabile, fornisca più garanzie di quello che oscilla tra la normativa europea e la correlata applicazione giurisprudenziale. Nel contesto europeo, ad esempio, manca una precisa salvaguardia per il prestatore di servizi diligente che abbia oscurato o eliminato un contenuto rivelatosi poi non illecito³⁷.

Seppure con minori tutele per il provider, anche l'ordinamento tedesco con la "Legge per migliorare la tutela dei diritti sui social network" (d'ora in poi *NetzDG*) si è mosso nella direzione tracciata dal DMCA. Il legislatore germanico, pur avendo imposto agli ISP l'obbligo di rimozione successiva dei contenuti illeciti su segnalazione "non qualificata" e richiesto al provider di dotarsi di una figura delegata a ricevere le diffide-notifiche, non ha poi previsto alcuna clausola di salvaguardia per l'host diligente che abbia rimosso il materiale virtuale in modo valutato indebito in un secondo momento. L'assenza di una clausola che garantisca sempre la irresponsabilità dell'ISP è, a ben vedere, non priva di valore perché favorisce il dialogo sui criteri di giudizio che gli organi di autoregolazione interni ai singoli provider debbono condividere.

La trasparenza di questi processi, come emergerà dagli appunti delle riflessioni conclusive, è fondamentale nel rimediare alla frenesia che le dinamiche di rete impongono agli operatori. Specialmente quando, come nella casistica considerata, l'intervento degli operatori può essere solo successiva, in una costante condizione di spiazzamento sui possibili conflitti tra interessi tutelati.

5. Riflessioni conclusive

Supponiamo, però, che convenga seguire la direzione tracciata dalla sentenza in commento e caliamola in un caso critico.

Immaginiamo una pagina del portale Facebook che sponsorizza la campagna elettorale di un esponente politico. L'interesse di questa pagina è di arginare il più possibile altre pagine concorrenti o limitare i contenuti che mettano in cattiva luce il proprio candidato. Per realizzare il proprio scopo gli *admin* della pagina segnalano in maniera più o meno indiscriminata tutto ciò che reputano interferente con il proprio interesse. A quel punto Facebook, in via cautelativa e per evitare di esser citata in giudizio e condannata, provvederà immediatamente al-

la rimozione delle informazioni che ha contribuito a trasmettere. Potrebbero configurarsi, allora, almeno due situazioni.

Nella prima, la *fanpage* del politico ha segnalato in maniera quasi deliberata altri contenuti ed il giudice, successivamente intervenuto su richiesta del censurato, accerta che la segnalazione è stata assolutamente gratuita e temeraria.

Tuttavia, se la pagina è finanziata da un partito di spicco il timore della condanna in sede civile non ha valore deterrente considerando che, magari, le elezioni sono trascorse, il candidato ha vinto e l'obiettivo è stato raggiunto. In questo scenario la compromissione del diritto di critica e della libertà manifestazione del pensiero appaiono irrimediabilmente compromessi.

Nella seconda situazione, la *fanpage* ha segnalato, in maniera più oculata, dei contenuti non altrettanto facilmente degradabili a condotte lecite. Nonostante in sede giudiziaria quei contenuti non siano riconoscibili come illeciti, non possono neanche essere ritenuti manifestamente leciti (immaginiamo poi la superficialità del giudizio se a dover valutare quelle situazioni è un'azienda e non un'autorità a ciò preposta).

In questo caso, benché il giudice possa dare ragione alla controparte, non giudicherà tendenziosa la condotta della *fanpage*, né potrà rimproverare al provider un palese errore nella sorveglianza. A maggior ragione, anche in questo caso la pagina telematica potrà dirsi soddisfatta dalla propria "strategia".

Ci sono del resto dei vantaggi nel seguire l'orientamento condiviso dalla sentenza in commento. Indubbiamente, superando la condizione della conoscenza qualificata per l'autonomo intervento del provider si fornisce agli agenti uno strumento più veloce e reattivo. Questo aspetto non è affatto secondario se si considera la pervasività spaziale dei network e la celerità con cui un'informazione viaggia sulla rete³⁸. Inoltre, la progressiva responsabilizzazione degli ISP implicherebbe un maggior rigore nella gestione dei dati.

Ciò nonostante, questi vantaggi sono vanificati se le premure degli ISP vengono ottemperate, seppure fedelmente, senza un corretto bilanciamento dei diritti coinvolti³⁹. È evidente che se, ad esempio, a Facebook bastasse semplicemente dare seguito alle segnalazioni per beneficiare di una piena irresponsabilità su tutto ciò che viene pubblicato sulla piattaforma, l'effetto sarebbe quello di un abbassamento della qualità del controllo.

In breve, accettare il rischio di una censura incontrollata dei contenuti su internet per scongiurare il pericolo di adottare procedure lente e farragino-



se non sembra essere la soluzione migliore. Timori crescenti si concretizzano se il soggetto deputato al controllo “immediato” non assicura una posizione di assoluta terzietà ed imparzialità⁴⁰.

La sentenza in commento, come l’orientamento al quale si accosta, alimenta il dibattito sul ruolo da assegnare all’ISP e l’attualità, ai fini del controllo successivo, della distinzione giurisprudenziale tra host attivi e passivi.

Ancor di più, richiama l’esigenza per il legislatore di intervenire sulla disciplina vigente, senza per questo scadere nella emulazione di modelli non esenti da storture.

Note

¹Sent. Trib. di Roma, n. 3512/2019, XVII Sezione Civile, pubbl. il 15.02.2019.

²Il Giudice cita la seguente giurisprudenza: “Cass. S.U. ord. 21.10.2009 n. 22239; cfr. anche Cass. S.U. ord. 27.2.2008 n. 5090; Cass. S.U. ord. 11.2.2003 n. 2060, Cass. S.U. 12-04-2012, n. 5765” (p. 9 Sentenza).

³Recita: «Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente [...] 3) in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto».

⁴Nella sentenza viene usato ad esempio il caso del diritto alla critica, rispetto al quale la Corte di Cassazione legittima la sua applicazione solo: «utilizzando espressioni di qualsiasi tipo anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall’opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un’aggressione gratuita e distruttiva dell’onore e della reputazione del soggetto interessato» (Cass. 16/05/2008 n. 12420) (p. 13).

⁵Si veda direttiva 31/2000/CE ed il d.lgs. n. 70/2003 (attuativo).

⁶Pag. 17, sentenza in commento.

⁷Aggiunge, poi, che in ogni caso era documentata una prima diffida datata 26.06.2010 che presentava informazioni specifiche e l’URL della corrispondente pagina telematica, pagina 19 sentenza in commento.

⁸Pag. 20 sentenza in commento.

⁹Legge sulla protezione del diritto d’autore.

¹⁰La quantificazione del danno è stata eseguita attraverso consulenza tecnica d’ufficio. Il consulente non disponeva di prova specifica sugli utili realizzati dalle convenute in violazione del diritto d’autore (*ex art. 2056, 2° comma c.c.*) e procedeva, quindi, ad un calcolo che teneva conto del minutaggio dei video contestati e del loro periodo di permanenza della piattaforma (due anni). Il parametro economico utilizzato coincideva con un corrispettivo dedotto da contratti aventi ad oggetto accordi commerciali tra la stessa RTI ed altre aziende (es. RAI).

¹¹Dello stesso avviso anche la sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 54946/2016, la quale riconosce un concorso in diffamazione del provider per aver quest’ultimo: «[...] mantenuto consapevolmente l’articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse l’efficacia diffamatoria che neppure il ricorrente contesta, dalla data appena indicata, allorché ne apprendeva l’esistenza[...]».

¹²Art. 3, 2° comma, l. 31 maggio 1995, n. 218.

¹³È una distinzione che il giudice menziona nella sentenza in commento (pp. 15-16) e che pertiene la differenziazione dei c.d. *mere conduit* che svolgono semplice trasporto, i provider che prevedono una memorizzazione temporanea delle informazioni detti caching e gli hosting che immagazzinano informazioni anche per tempo indeterminato.

¹⁴Art. 15 direttiva 31/2000.

¹⁵Il *machine learning* nelle sue diverse forme (*deep learning* e *convolution* su tutte) è una tecnologia che sfrutta una mole di dati talmente grande che consente un controllo a macchia di leopardo su tutti gli utenti che utilizzano Facebook. Si fa particolare riferimento alle tecnologie capaci di indicizzare e catalogare le informazioni che circolano sulle piattaforme.

¹⁶G.M. RICCIO, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca*, in “Danno e responsabilità”, n. 7, 2011, pp. 753-764.

¹⁷Alcune sono: Tribunale di Roma, 22 gennaio 2010; Corte d’Appello di Milano, 7 gennaio 2015; Tribunale di Napoli Nord, 3 novembre 2016.

¹⁸Il quale introietta la seguente previsione dell’art. 15 della direttiva europea 31/2000: «Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell’informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l’identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

¹⁹Art. 17, par. 4 lett. b, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d’autore nel mercato unico digitale.

²⁰Art. 17, par. 9, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d’autore nel mercato unico digitale.

²¹Emilio Tosi, in un esaustivo articolo sulla giurisprudenza in materia di responsabilità del provider, precisa che tra i servizi complementari di base che queste piattaforme possono fornire rientrano l’assistenza tecnica e lo sviluppo del software: E. Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in “Rivista di diritto industriale”, 2017, n. 1, pp. 75-122, a p. 96.

²²Sul punto vedere anche M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, Napoli, ESI, 2006.

²³In questo senso la sentenza del Tribunale di Roma, 27 aprile 2016, n. 8437 sul caso RTI contro la piattaforma digitale “Break”, condannata a risarcire il danno quantificato in euro 115.000,00 circa per abusiva diffusione di materiale video di durata calcolata in 48 ore.

²⁴*Ibidem*.

²⁵*Leading Case* è stata la sentenza del Tribunale di Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011.

²⁶Di avviso contrario la sentenza del Tribunale di Torino n. 342/2018 ritiene che: «il titolare della piattaforma non perde il suo carattere neutrale rispetto ai contenuti caricati, ai fini dell’applicabilità delle deroghe di responsabilità previste dagli artt. 16 e 17 d.lgs. 70/2003, per il solo fatto di attuare operazioni volte alla migliore fruibilità della piattaforma e dei contenuti in essa versati, attraverso – ad esempio – il caso tipico della indicizzazione o dei suggerimenti di ricerca individualizzati per prodotti simili o sequenziali, ovvero quello altrettanto tipico dell’inserzione pubblicitaria e dell’abbinamento di messaggi pubblicitari mirati; in tal caso le clausole di deroga di responsabilità continuano ad operare poiché ci si trova nel-



l'ambito di espedienti tecnologici volti al miglior sfruttamento economico della piattaforma, e non già innanzi a un'ingerenza sulla creazione e redazione del contenuto intermediato; solo se il fornitore di servizi Internet manipola o trasforma le informazioni o i contenuti trasmessi o memorizzati diviene un c.d. hosting attivo e sussiste la piena responsabilità civile secondo le regole comuni».

²⁷Nell'ordine, sentenze del Tribunale di Roma n. 693/2019 e n. 8437/2016.

²⁸Tosi si sofferma sui diversi criteri di imputazione della responsabilità, sottolineando come la direttiva sul commercio elettronico e il d.lgs. 70/2003 tengano fuori da questi criteri la disciplina dei dati personali. Per il trattamento dei dati personali, diversamente da gli altri casi, vi è una oggettivizzazione della responsabilità del provider che risponderà indipendentemente dall'aver successivamente provveduto al "risanamento" della condotta illecita (in chiara analogia con la responsabilità di tipo editoriale).

²⁹Pag. 19, sentenza in commento.

³⁰Sulla questione della neutralità dell'ISP rispetto ai contenuti illecitamente caricati M. ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in "Europa e diritto privato", n. 2, 2003, pp. 431-446.

³¹Pagina 19 della sentenza in commento.

³²Sul punto anche M. SIMONI, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori "automatici, tecnici e passivi" della società dell'informazione*, in "Il diritto industriale", n. 5, 2017, pp. 456-466.

³³E. TOSI, *op. cit.*, p. 100.

³⁴Tosi individua alcuni di questi indici di interferenza utili alla "decadenza del beneficio del peculiare regime legale di irresponsabilità". Possono essere le attività "di indicizzazione...selezione ed organizzazione dei contenuti...filtraggio dei contenuti...sfruttamento commerciale mediante raccolta pubblicitaria...organizzazione di un team editoriale preposto alla selezione dei contenuti...sistema di valutazione comportamentale degli utenti per aumentare la fidelizzazione al portale...regolamento di servizio disciplinante", *ibidem*, (p. 118). Non è, tuttavia, chiaro se questi indici debbano sussistere congiuntamente oppure ve ne siano alcuni maggiormente "indiziati" di altri.

³⁵Testo originale del *Digital Millennium Copyright Act* "Chapter 5 of title 17, United States Code, § 512. Limitations on liability relating to material online, (2) Designated Agent".

³⁶B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismo di notice and take down*, in "Diritto penale contemporaneo", 2018, n. 5.

³⁷Sempre Tosi sottolinea la assenza di un tale intendimento nel Regolamento AgCom, *op. cit.*, p. 100.

³⁸Sul punto B. PANATTONI, *op. cit.*

³⁹Si veda, tra gli altri, R. PANETTA, *La responsabilità civile degli internet service provider e la tutela del diritto d'autore*, in "Il diritto industriale", 2017, n. 1.

⁴⁰Sul punto vedere R. BOCCHINI, *La responsabilità di fakebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in "Giurisprudenza italiana", 2017, n. 3, p. 632.

* * *

The judicious social. The Italian case-law on the liability of Internet Service Providers

Abstract: This paper investigates some of the most relevant issues raised by the recent Italian case law about the civil liability of the Internet Service Provider (ISP). The Judgement in the case seems problematic for what concerns the distinction between the so-called "active" and "passive" hosting provider. In particular, the weakest part of the verdict delivered by the Court of Justice in Rome, at least from the legal-argumentative point of view, is the one in which the judges qualify the hosting providers' activity as "active" starting from the knowledge of illegally published content. This kind of solution does not seem in accordance with the e-commerce discipline and the recent European directive on the copyright.

Keywords: Facebook – ISP – Hosting – Liability – E-commerce – Copyright