

14 MARZO 2018

Gli illeciti *on line* e le nuove frontiere
della responsabilità civile nell'era
digitale

di Salvatore Aceto di Capriglia
Professore associato di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Gli illeciti *on line* e le nuove frontiere della responsabilità civile nell'era digitale^{*}

di Salvatore Aceto di Capriglia

Professore associato di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Sommario: **1.** Illeciti *on line* e la responsabilità civile in Rete: evoluzione del valore giuridico della persona e tutela della lesione dei diritti fondamentali nell'era digitale. **2.** Tentativi di ricostruzione dei profili di responsabilità dell'*Internet service provider* tra le difficoltà interpretative dei primi arresti giurisprudenziali. **3.** Analisi comparata della disciplina dell'illecito *on line* nella esperienza giuridica italiana e francese: confronto tra modelli e spunti di riflessione.

1. Illeciti *on line* e la responsabilità civile in Rete: evoluzione del valore giuridico della persona e tutela della lesione dei diritti fondamentali nell'era digitale

L'incremento degli episodi di violenza trasmigrati nella realtà virtuale, spesso dai più giovani, ha portato i legislatori nazionali e sovranazionali, avvertita dottrina e autorevole giurisprudenza ad interrogarsi su come meglio intervenire per arrestare il diffondersi della commissione degli illeciti *on line*, che violano i principi fondamentali della Costituzione, in particolare, il principio di uguaglianza (art. 3), il principio che garantisce come inviolabili i diritti dell'uomo (art. 2), il diritto all'istruzione (art. 34) e il diritto alla salute (art. 32). Oggi molti aspetti della vita si sviluppano in Rete e di conseguenza chi ne resta escluso è impossibilitato ad esercitare numerosi diritti di cui l'accesso ad *Internet* è strumentale, come ad esempio, la libertà di espressione, la libertà di informazione, di comunicazione, di associazione, di riunione, di iniziativa economica privata e di libertà politiche.¹

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto* 82/2006, pp. 177 ss.; Sul dibattito relativo all'inserimento nella Costituzione del diritto di accesso ad *Internet* Stefano Rodotà nel 2010, nel corso dell'*Internet Governance Forum*, ha esposto la sua proposta di tipizzare il diritto de quo, mediante l'introduzione nella Costituzione di un art. 21 bis "Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *Internet*, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovono ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce i provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I", nella cui ottica, il diritto di accesso ad *Internet*, costituirebbe una diversa declinazione della libertà di espressione; Non sono mancate, in dottrina, altre proposte di riconoscimento costituzionale del diritto di accesso ad *Internet*, come la proposta di revisione costituzionale del Dott. Guido Ippolito, recepita dal Parlamento italiano in due distinti disegni di legge rispettivamente nel 2014 n.1561 e nel 2015 n.2816, per l'introduzione di un art. 34 bis che ammettesse un vero e proprio diritto sociale all'interconnessione digitale. La scelta dei promotori di inserire il diritto di accesso a *Internet* nell'art. 34 Cost, dedicato al diritto all'istruzione, deriva dalla necessità di estendere la rete su tutto il territorio, al fine di ridurre l'analfabetismo informatico e conseguentemente anche il *digital divide* che contribuisce ad aumentare il ritardo culturale nel nostro Paese. La tesi per cui sia possibile ricavare dalla lettura evolutiva delle norme costituzionali un diritto di accesso ad *internet* è sostenuta da G. DE MINICO, *Diritti, Regole, Internet*, in

Nella società dell'informazione, la Rete viene ricondotta al concetto di “*global common goods*” ossia un servizio universale che tutti gli Stati dovrebbero assicurare indistintamente². Tuttavia, vi è chi, attraverso l'accesso ad *Internet* vede lesi i diritti fondamentali e gli effetti pregiudizievoli da ciò derivanti hanno conseguenze devastanti attesa la amplificata potenzialità lesiva della Rete. Per questo, nella corrente era digitale, l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, si traduce di certo nel dovere di assumere iniziative ed interventi di contrasto ai fenomeni del bullismo e del cyberbullismo che si concretizzano in episodi di violenza lesivi del valore fondamentale della dignità della persona e dei diritti inviolabili dell'uomo, frutto delle vicende economiche, sociali e politiche ed ideologiche del Novecento³. Al termine del secondo

Costituzionalismo.it, 2/2011. In Italia, il diritto di accesso ad *Internet* è stato oggetto di riconoscimento a livello ordinario, con la legge 9 gennaio 2004, n.4 recante “*Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*” il cui art.1 fonda il diritto di accesso a *Internet* sul principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione, qualificandolo come uno strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini. La tendenza a riconoscere l'accesso ad *Internet* come diritto è spostata a livello internazionale dalle Nazioni Unite, le quali, in apposite relazioni, promuovono l'intervento dello Stato per realizzare un accesso alla Rete di tutti, considerando l'accesso alla Rete come un diritto, in quanto strumentale all'esercizio di altre libertà fondamentali, come si evince dal rapporto di promozione e protezione del diritto alla libertà di espressione e di opinione, ove il relatore, FRANK LA RUE presso l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 16 maggio 2011, ha evidenziato al punto 85: “*Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population*”; in Francia, è stata la giurisprudenza a riconoscere il diritto di accesso ad *Internet* come evoluzione della libertà di espressione, con la innovativa sentenza n. 580 del 2009 del Consiglio costituzionale francese, sulla legittimità della Legge n.669 del 12 giugno 2009, detta Legge HADOPI, relativa alla diffusione e protezione delle creazioni in *Internet*, ha colto il diritto di accesso alla Rete nella sua dimensione di corollario della libertà di espressione e comunicazione su *Internet*. Nella fattispecie, la vicenda era originata dall'istituzione di un'autorità incaricata di monitorare le violazioni del diritto d'autore commesse dagli utenti, mediante sistemi *peer-to-peer* e di sanzionare i contravventori recidivi, che fossero stati individuati a compiere operazioni di illecito *downloading* di opere protette per tre volte, mediante la disabilitazione dall'accesso a *Internet* senza alcun vaglio per l'autorità giudiziaria. Il *Conseil* è intervenuto censurando alcuni dei caratteri del disegno di legge in questione, in quanto violava il principio del giusto processo, fraintendendo il ruolo delle autorità amministrative, violando il principio della presunzione di innocenza, violando un presunto diritto di accesso a *Internet* e, infine, stabilendo un inopportuno bilanciamento tra la libertà di espressione con il diritto di proprietà. La sentenza è particolarmente significativa perché, pur non riconoscendo il diritto di accesso ad *Internet* come diritto fondamentale, ne riconosce una sostanziale tutela, grazie ad una interpretazione estensiva di una previsione della Dichiarazione del 1789. Negli Stati Uniti, così come in Francia, il riconoscimento del diritto di accesso ad *Internet* non è avvenuto per via normativa, ma ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza delle Corti. Nel 1977, la Corte Suprema Statunitense, in tema di bilanciamento tra *Internet* e libertà costituzionali, sostenne che il libero utilizzo del *web* è riconducibile al Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America che tutela non solo il tradizionale diritto di libertà del pensiero ma anche la libertà di parola elettronica, la libertà di stampa elettronica, diritti ricavabili dai tradizionali principi costituzionali, cfr. T.E.FRONSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano 2008, p.127.

² Sul concetto di bene comune o *commons* cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. Traduzione italiana: *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006

³ Il secolo scorso, infatti, è stato portatore di numerosi cambiamenti, quali il passaggio da un'economia agricola a quella industriale, l'emancipazione della donna, la nascita di organizzazioni sindacali e politiche, l'avvertita esigenza di garantire la libertà, la giustizia e l'uguaglianza della persona davanti alla legge e ai pubblici poteri.

conflitto mondiale si instaura l'esigenza, negli ordinamenti democratici, di accordare sacralità di norma giuridica a taluni principi di libertà, dignità, uguaglianza dinanzi alla legge, come tali vincolanti dell'operato del legislatore e della giurisprudenza. I legislatori costituenti si adoperarono per individuare valori condivisi da tutti e inderogabili anche per lo Stato e gli enti pubblici. Contributo di non poco momento tenuto in debito conto che nel codice civile italiano del 1942 i diritti della personalità trovano una disciplina scarna che offre una tutela circoscritta all'integrità fisica, del nome e dell'immagine⁴ (artt. 5-10) specchio di una società in cui, almeno in Europa, l'uomo non sentiva ancora in pericolo la riservatezza dei suoi dati personali, la sua identità e la sua intimità e la curiosità del pubblico non era a ciò orientata. Né esistevano, all'epoca, strumenti realmente in grado di raccogliere informazioni riguardanti un soggetto che voleva tenerle riservate, sicché risultava impossibile tutelare la propria sfera privata dalla curiosità altrui⁵. Tuttavia, la scarsa attenzione alla dimensione morale della persona umana prestata dal codice, non stupisce se contestualizzata nel periodo fascista⁶. E' con l'avvento della Costituzione del 1948 che si assiste ad un nuovo modo di concepire e tutelare i diritti della personalità, al pari di altre costituzioni europee contemporanee, di istanze personalistiche e solidaristiche⁷. Ma benché possa dirsi storicamente tra le più importanti, la normativa del codice civile del 1942, letta alla luce dei principi costituzionali, non può dirsi autosufficiente in materia di diritti della personalità e si ritiene che essa debba essere coordinata con fonti internazionali⁸. Fondamentale è al riguardo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, ma anche la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000, ora integrata nel Trattato sulla Costituzione europea (La carta di Nizza stabilisce che "l'Unione Europea pone la persona al centro della sua azione" e afferma l'inviolabilità della dignità umana) unitamente a numerose convenzioni internazionali, non solo europee, hanno contribuito ad arricchire il quadro dei diritti della personalità, tutelando, l'identità personale, diritto

⁴ P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1991; G.RESTA, *I diritti della personalità: problemi e prospettive*, Milano 2007, pp.1043 ss..

⁵ F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. COMANDE (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino 2003, p. 9.

⁶ A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, p.233.

⁷ P. RESCIGNO, *op. cit.*, 1991, p.3; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)* in *Enc. Dir.* Vol. XXXIII, Milano 1983, pp. 372- 373; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Riv. nuova Giur. civ. commentata*, 1994, 2° ed., pp. 365 ss.; Il principio personalistico "anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazioni del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive" cfr. Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n.21748.

⁸ Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 ; Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966

di natura giurisprudenziale⁹ definito come “l’interesse del soggetto, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l’esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva”¹⁰. Avvertita giurisprudenza ne ha individuato i tratti essenziali sottesi¹¹ oltre ad aver riconosciuto all’identità personale carattere autonomo rispetto agli altri diritti della personalità in quanto, “l’identità è costruzione continua, è cambiamento, può mutare nel tempo e le sue rappresentazioni esigere appunto il rispetto dei diversi contesti temporali della reale identità del soggetto quale si presenta in un contesto e in un momento determinato”¹² è “proiezione pubblica della personalità del soggetto non limitata, come in epoche anteriori in cui il concetto pure esisteva, alle risultanze anagrafiche o alla *status*, bensì estesa al complesso delle attività poste in essere e al patrimonio culturale e ideologico della persona”¹³. Con la diffusione delle nuove tecnologie informatiche, al fianco della identità personale si sono create le c.d. identità digitali¹⁴. definite dal Decreto SPID “rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente ed i suoi ed i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l’insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale”¹⁵. Si parla di spersonalizzazione in quanto il soggetto non viene più avvertito per quello che è realmente ma per quello che emerge dagli archivi in cui i suoi dati vengono conservati i quali possono essere anche non aggiornati o completi¹⁶. La tecnologia di *Internet*, infatti, essendo basata su informazioni immesse in un *computer*, consente di utilizzare il nome che si desidera, di

⁹ G. GIACOBBE, *L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1983, pp.10 ss.

¹⁰ Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, vol. 108, n.9, pp. 2211, 2212 – 2217,2218; L. 31 dic. 1996 n.675 garantisce che il trattamento dei dati personali si svolge nel rispetto di diritti, delle libertà fondamentali nonché della dignità della persona fisica con particolare riferimento alla riservatezza e all’identità personale

¹¹ “La lesione del diritto all’identità personale non può essere ravvisata in qualsiasi inesatta rappresentazione di vicende comunque collegate ad una determinata persona, ma soltanto in quelle inesatte rappresentazioni della realtà comportanti una distorsione della personalità dell’interessato e l’informazione è essenziale se tale da incidere sulla sostanza della personalità individuale, non sui suoi elementi o caratteri secondari o accessori” G. FINOCCHIARO, *Identità personale* (diritti alla) da *Dig. Dis. priv.*, Torino, 2010, p. 726.

¹² E. BASSONI, *Come difendersi dalla violazione dei dati su Internet, diritti e responsabilità*, Roma, 2012, p.84; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/1998, pp. 583 ss.

¹³ V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, Torino 1996, p. 243.

¹⁴ C. DE MARTINI, *Telematica e diritti della persona*, in *Dir.inf.*, 1996, p.847 e ss.

¹⁵ DPCM 24 ottobre 2014 recante la definizione delle caratteristiche del “sistema pubblico per la gestione dell’identità digitale.

¹⁶ Con l’avvento di *Internet* la situazione cambia radicalmente, in quanto il modello di informatizzazione del soggetto viene sovvertito dalla circostanza che l’individuo in rete è costantemente presente con tutta la sua personalità e identità che egli può, però, decidere di nascondere parzialmente o totalmente. Ogni individuo in rete, moltiplicando gli scambi e le attività, automaticamente aggiorna in tempo reale i dati contenuti nelle moderne banche dati digitali che sono lo specchio fedele delle preferenze che egli manifesta in un’operazione cibernetica o in occasione di una visita ad un sito” F. DI CIOMMO, *op.cit.*, p. 45.

assumere una nuova identità digitale o di rimanere anonimi¹⁷, fatta salva la possibilità di avere un numero non definito di identità digitali¹⁸ e la non corrispondenza tra quanto dichiarato nel mondo virtuale e quanto è nella realtà. La possibilità che il *web* offre di assumere identità diverse¹⁹ si rileva preoccupante se si considera che la Rete, in cui ognuno può inserire o rendere pubblici i contenuti che preferisce, senza ricevere censure, protetto dall'anonimato²⁰. Invero, dato il carattere di globalità della Rete, chiunque può immettere contenuti raggiungendo un numero indefinito di destinatari²¹. Ciò in quanto, un messaggio immesso in Rete potrà essere visto da un numero indefinito di persone in un numero indefinito di parti nel mondo e per un periodo indeterminato o, almeno, fino a quando un provvedimento dell'autorità giudiziaria non ne ordinerà la cancellazione dal sito²². I contenuti delle comunicazioni immessi nell'etere digitale assumo, dunque, un potenziale di risonanza inimmaginabile, proprio a causa della struttura "virale" del web, dei meccanismi di comunicazione virale che conferiscono il carattere di incontrollabilità dell'informazione. Basti considerare che le comunicazioni di *social networking* presumono lo scambio c.d. *one to many* dove lo stesso contenuto inviato da un singolo arriva ad una pluralità di destinatari, collocandosi negli spazi digitali di discussione o comunque di confronto messi a disposizione dalle piattaforme elettroniche che ospitano forum, chat, mailing list e così via. Mentre, il *social network*, oltre alla forma di comunicazione *one to many* presenta, altresì, dei meccanismi cosiddetti "virali" ovvero degli strumenti che permettono di copiare (taggare) da un profilo utente i dati (ad esempio un messaggio, una foto, un video) e incollarli in un altro profilo, esautorando di fatto l'interessato dal diritto di esercitarvi il legittimo controllo. Così facendo il materiale personale di un individuo viene copiato nel profilo di terzi utenti e non potrà più essere eliminato. A ciò si aggiunga che le condizioni di licenza di FB stabiliscono che la piattaforma diventa "proprietario" dei dati ivi inseriti, così anche se l'interessato disattiva il proprio

¹⁷ Cfr. "Noi siamo i nostri dati" cit. S. RODOTÀ, in Rete siamo entità disincarnate e abbiamo bisogno di una tutela del nostro corpo elettronico cd. *Habeas data*.

¹⁸ La proiezione dell'identità dell'individuo nello spazio virtuale sfugge al suo potere di autodeterminazione perché equivale al profilo ricostruito con l'aggregazione della molteplicità di dati personali disseminati in Rete

¹⁹ In *Internet*, dunque, una identità digitale è configurabile se interpretata in una forma essenziale, come composta da dati frammentari e volatili, mutevoli di cambiare caratteristica al mutare dei singoli contesti digitali, inoltre, è pratica diffusa l'utilizzo di più identità digitali tutte utilizzate da un unico soggetto agente con evidenti problematiche in ordine all'inquadramento delle varie finalità per la quale una data identità digitale è stata appositamente creata per addivenire ad un risultato o a uno scopo, strettamente correlato al contesto nel quale il soggetto si trova ad operare" E. BASSONI, *op. cit.*, p. 91 ss.

²⁰ La garanzia offerta dall'anonimato all'utente che tenga comportamenti illeciti sul web, comporta una difficoltà tecnica a giungere, in tempi celeri, all'identificazione dell'autore delle condotte.

²¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso Internet* in *Riv. Giur.*, 1996, p. 640.

²² Questo profilo legato all'ambiente in cui l'illecito si consuma è oggetto di acuta attenzione anche in campo penalistico, atteso il differente peso di una diffamazione immessa nell'etere delle comunicazioni elettroniche, (rispetto a quello delle comunicazioni verbali) più grave in termini di offesa, data la pervasività eccezionale del mezzo).

profilo utente i dati taggati continueranno a circolare sul sito senza alcuna possibilità di controllo, presentando, così, una alta soglia di rischio per la commissione di illeciti da informazione digitale, più oggetto di cospicui risarcimenti attesa la sempre più frequente diffusione in *Internet* di notizie non vere (violazione del diritto) con esclusione dell'esimente del diritto di critica o di libera manifestazione del pensiero e il nocimento (danno) conseguenza di questa propagazione²³. Avvertita giurisprudenza²⁴ ha confermato quale elemento idoneo a qualificare la potenzialità lesiva del messaggio diffamatorio postato in rete il carattere pubblico del contesto e la conoscenza ad opera di più soggetti per incontrollata diffusione a seguito di *tagging*, modalità virale che conferisce una "risonanza micidiale alle offese"²⁵ al punto che, si dimostra di notevole ausilio il ricorso allo strumento dell'inibitoria d'urgenza per ottenere il blocco dei dati e la relativa cancellazione²⁶. Tuttavia, la "*penna del magistrato che ha affrontato il problema non sempre ha avuto un tratto sicuro e preciso, ma soprattutto inizialmente ha manifestato la tendenza ad applicare lo schema Internet=mass media, senza considerare, invece, che Internet è anche spazio di incontro e di manifestazione del pensiero*"²⁷. Ed è proprio la sentita esigenza di non appiattare la Rete alla dimensione di *mass media*, essendo *Internet mass media* ma anche luogo di manifestazione del pensiero, luogo di servizi, luogo di scambi commerciali, che ha portato al distinguo tracciato da attenta dottrina e giurisprudenza, tra il c.d. danno da diffamazione nella stampa *on line* e il danno da diffamazione nella società *on line*²⁸. La disamina dei casi più significativi,

²³ D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona: i casi e le ipotesi risarcitorie*, sez. II, Torino 2012, p. 20.

²⁴ Trib. Monza 2.3.2010, CALABRÒ, *Persona e danno*, in www.personaedanno.it

²⁵ Ancora sulla questione, D. BIANCHI, *op.ult. cit.*, p. 20.

²⁶ Cfr., In argomento, si veda Cass. Pen., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 17401, pronuncia con la quale gli Ermellini hanno ribadito che "È legittimo il vincolo cautelare su un sito *Internet* quando appare necessario a evitare che si possano aggravare o protrarre le conseguenze del reato di diffamazione telematica".

²⁷ Ancora D. BIANCHI, *op. ult. cit., passim*.

²⁸ Trib. Firenze 13.2.2009, Limongi, www.penale.it, diffamazione a mezzo commenti nel giornale *on line*, il *thema decidendum* ha ad oggetto una vicenda diffamatoria legata al sito web *fiorentina.it*, sito dedicato alle vicende della squadra di calcio toscana ospitante anche un piccolo salotto virtuale in cui gli utenti potevano postare commenti. Accade che in merito ad una questione inerente alla gestione dei parcheggi venissero postati dei commenti diffamatori nei confronti dell'allora sindaco di Firenze. Si aprì un processo penale ove il Sindaco di Firenze si costituì parte civile e vide liquidarsi, previa statuita penale responsabilità del direttore della testata telematica, un *quantum* risarcitorio di Euro 4.000,00 "tenuto conto del patimento morale subito dalla p.o. a seguito della diffusione dei commenti in questione che gli attribuivano una condotta illecita e approfittatoria"; Trib. Roma 6.9.2005, DIInt., 2006, 1); testualmente D. BIANCHI, *op. cit.*, sez. II. p. 9; Altro caso significativo per il *quantum* risarcitorio di diffamazione a mezzo stampa *on line* attiene alla vicenda di una famosa soubrette a cui vennero attribuite da un giornale telematico delle foto saffico-pornografiche, la quale, costituitasi parte civile nel processo penale, chiese il risarcimento del danno per lesione della propria reputazione, sia sotto il profilo patrimoniale, in termini di contratti di lavoro perduti, sia sotto il profilo non patrimoniale, in termini di peggioramento della qualità dell'esistenza e dei rapporti interpersonali (danno esistenziale). Il giudice valutando il danno patrimoniale non provato, riconobbe solo il risarcimento del danno non patrimoniale ritenendo "provato che a seguito della diffusione della notizia per cui è causa l'attrice abbia passato un periodo di disagio e abbia condotto una vita diversa da quella vissuta in precedenza", Trib. Roma 6.9.2005, DIInt, 2006,1; "Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185, 595 c.p., va considerato esistente *in re ipsa*, in caso di diffamazione, il danno non patrimoniale, nel senso che dal fatto diffamatorio compiuto da terzi non può non discendere una incidenza sul patrimonio morale e psichico del soggetto passivo", Trib. Roma 10 marzo 1982, GI, 1983, I,2, 190; l'interpretazione conforme alla Costituzione

dal comune denominatore della diffusione in *Internet* di una notizia lesiva dell'immagine altrui, con esclusione dell'esimente del diritto di critica o di libera manifestazione del pensiero e del nocumento, conseguenza della propagazione, impone di verificare se il soggetto che ha esternato il proprio pensiero *on line*, ovvero abbia esercitato il diritto di critica o satira sia spinto oltre ledendo la reputazione, l'onore e il decoro della persona potenzialmente offesa, in favore della quale si risolve il dilemma del bilanciamento delle posizioni giuridiche in gioco.

Tra gli illeciti realizzabili su *Internet* più diffusi si registra la violazione del diritto alla riservatezza, quando vengono resi pubblici su un sito *Internet* dati riservati o segreti di un individuo. Se il trattamento illecito di dati personali, realizzato per via telematica, avviene in danno di minorenni, integra un'ipotesi di *cyberbullismo*²⁹. Con questo termine si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione,

dell'art. 2059 c.c. lo trasforma in una categoria ampia e comprensiva di ogni lesione ai diritti della persona costituzionalmente garantiti alla quale conseguono pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite della riserva di legge dell'art. 185 c.p.. Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per effetto di tale interpretazione "deve essere ricondotta nell'ambito di risarcibilità *ex art.* 2059 c.c. anche il danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome e alla riservatezza, diritti inviolabili della persona nella sua dignità preservata dagli art. 2 e 3 Cost." Cass. sez. un. 11 dicembre 2008, n. 26972, in www.altalex.com/documents/massimario/2009.

²⁹ L'art. 1 della legge 29 maggio 2017, n.71, intitolata "Disposizioni a tutela dei minorenni per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", in G.U. n.127 del 3 giugno 2017, entrata in vigore il 18 giugno 2017, con la quale il legislatore ha inteso "contrastare il fenomeno del cyberbullismo in tutte le sue manifestazioni", offre, per la prima volta, una definizione normativa di cyberbullismo, inteso come "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica nonché la diffusione di contenuti *on line* aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo"; a tal proposito si veda R. ABETI, *La tutela della dignità del minore, l'istanza di rimozione ed il ruolo del Garante Privacy*, in *IL CYBERBULLISMO alla luce della legge 29 maggio 2017, n.71*, Roma 2017, p. 47, testualmente "il legislatore sembra voler tutelare financo le situazioni non meritevoli di tutela, perché superabili senza che ricadano sotto l'egida del "cyberbullismo". Anche l'elencazione di norme incriminatrici molto eterogenee esprime l'incertezza nell'individuazione e nella indicazione degli elementi che diano rilievo al meccanismo "vessatorio", proprio della condotta del cyberbullo". Per l'autore, nell'ambito della definizione, preme porre l'accento sull'uso della congiunzione "nonché" perché introduce "un elemento di ambiguità potendosi interpretare nel senso che la prima parte della definizione "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia" non sia come invece la seconda, subordinata al "porre in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo". Testualmente, "a seguito dell'integrazione di una condotta generica quanto soggettiva (basata, in molti casi, sulla suscettibilità del soggetto che la subisce), si rende disponibile al legittimato attivo la possibilità di avviare un'istanza, unilaterale e non mediata da terzi, di tutela, che vede il primo impulso nell'inoltro della richiesta di rimozione presso il titolare del trattamento o al gestore del sito Internet o del social media e, decorse 24 ore dalla ricezione, ne concede altrettante per la rimozione dei contenuti, consentendo, successivamente, al legittimato attivo, decorsi i termini descritti, di proseguire la propria tutela rivolgendosi all'Autorità Garante e ottenendo un provvedimento della stessa nelle successive 48 ore. Quindi, si ravvisa uno squilibrio evidente, nel fatto che il legittimato attivo, senza la mediazione di un soggetto terzo, possa valutare e decidere che la condotta definita all'art.1, comma 2, sia stata integrata e dare avvio ad una concatenazione di eventi che, nel giro di quattro giorni, può portare a un provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali. Dunque, proprio i tempi dell'istanza, pensata come uno strumento "facilmente azionabile" e "agile", rischiano di ledere gli interessi, non necessariamente meno degni di tutela, del destinatario.

trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti *on line*, aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore, il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori, ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo. Il contenzioso esistente in materia di illeciti dei minori è notevolmente diffuso e ha assunto connotazioni nuove in conseguenza dell'uso di *Internet*. Da qui i copiosi interventi legislativi e giurisprudenziali per ribadire, con forza, che il dovere dei genitori di educare i figli minori non consiste in prediche, ma anche e soprattutto di comportamenti e di presenza accanto ai figli a fronte di circostanze che essi possono non essere in grado di capire o di affrontare.³⁰ Sull'art. 30 Cost. si fonda la responsabilità civile dei genitori per gli atti illeciti posti in essere dal figlio minorenne, pertanto, essi devono svolgere una costante opera educativa, grazie alla quale i figli non pongano in essere comportamenti pericolosi e potenzialmente dannosi per i terzi. Di contro, saranno responsabili per non aver posto in essere azioni correttive del comportamento dei figli e, più in generale, per non aver impartito ai figli un'educazione adeguata (c.d. *culpa in educando*) e per non aver esercitato una vigilanza proporzionata all'età e indirizzata a correggere comportamenti scorretti (c.d. *culpa in vigilando*). Nell'ipotesi di fatto illecito commesso da un minore capace di intendere e di volere nei confronti di altro minore, è configurabile sia la *culpa in educando* sia la *culpa in vigilando*. Pertanto, la responsabilità dei genitori

³⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 agosto 2009, n. 18804, in www.istitutosike.com/site/files/Cassazione-civile-18804-2009.pdf; Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26200, in www.studiocataldi.it. In argomento, è, altresì, utile a chiarire i possibili margini di una responsabilità dei genitori la sentenza della Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2008 n. 7050, in www.altalex.com/docu-ments/massimario/2008/04/18, per gli atti di *cyberbullismo* commessi dal figlio minore; Cass. Civ. sez. III, 19/02/2014 n. 3964, www.nel.diritto.it la quale, ancorché in tema di responsabilità dei genitori per un incidente stradale cagionato dal minore, sviluppa una serie di ragionamenti di notevole pregio argomentativo, sottolineando come “la responsabilità dei genitori per i fatti illeciti commessi dal minore con loro convivente, prevista dall'art. 2048 cod.civ., è correlata ai doveri inderogabili posti a loro carico dall'art. 147 c.c. e alla conseguente necessità di una costante opera educativa, finalizzata a correggere comportamenti non corretti e a realizzare una personalità equilibrata, consapevole della relazionalità della propria esistenza e della protezione della propria ed altrui persona da ogni accadimento consapevolmente illecito. Per sottrarsi a tale responsabilità, essi devono, pertanto, dimostrare di aver impartito al figlio una educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, le sue abitudini ed alla sua personalità” e che “i criteri in base ai quali va imputata ai genitori la responsabilità per gli atti illeciti compiuti dai figli minori consistono, dunque, sia nel potere-dovere di esercitare la vigilanza sul comportamento dei figli stessi, in relazione al quale potere-dovere assume rilievo determinante il perdurare della coabitazione; sia anche e soprattutto nell'obbligo di svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari. In quest'ultimo ambito rientrano i danni provocati dalle manifestazioni di indisciplina, negligenza o irresponsabilità nello svolgimento di attività suscettibili di arrecare danno a terzi”. Conclude, la Corte rilevando che “se è vero che oggi è sempre più anticipato il momento in cui i minori si allontanano dalla sorveglianza diretta dei genitori è pur vero che l'obbligo di vigilanza degli stessi non è stato certo annullato, ma assume, piuttosto, contorni diversi; mentre il compito di impartire insegnamenti adeguati e sufficienti ad affrontare correttamente la vita di relazione deve essere assolto, se del caso, anche con maggior rigore, proprio in ragione dei tempi in cui avviene l'emancipazione dal controllo dei genitori”; Sulla presunzione di *culpa in educando*, posta dall'art. 2048 c.c. si veda, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2000 n. 12501, in www.eius.it/giurisprudenza; Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2001 n.8740, in *Foro it.*, 2001, vol. 124, n. 11, pp.3097/3098-3109/3110.

o precettori ex art. 2048 c.c. viene a concorrere con la responsabilità del minore. L'affidamento del minore alla custodia di terzi (scuola e insegnanti) solleva i genitori dalla presunzione di *culpa in vigilando*, dal momento che dell'adeguatezza della vigilanza esercitata sul minore risponde il precettore cui lo stesso minore è affidato, ma non anche da quella di *culpa in educando*, rimanendo i genitori tenuti a dimostrare, per liberarsi da responsabilità per il fatto compiuto dal minore in un momento in cui lo stesso si trovava soggetto alla vigilanza di terzi, di aver impartito al minore stesso un'educazione sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, dunque, adeguata a prevenire comportamenti illeciti.

Nel primo comma dell'art. 1 della L. 71/2007 recante "Disposizioni a tutela dei minorenni per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo, sono contemplate due differenti fattispecie delittuose: il "trattamento illecito" di dati personali e la "comunicazione o diffusione" illecita di dati personali. Entrambe le tipologie del primo comma condividono la clausola di riserva (salvo che il fatto costituisca più grave reato), il riferimento al soggetto agente (chiunque), il dolo specifico richiesto (al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno). Degno di interesse è, altresì, l'aspetto del "nocumento" richiesto poiché la prima fattispecie (trattamento illecito) è punita soltanto se dal fatto deriva nocumento, mentre la "comunicazione o diffusione" illecita è punita a prescindere dall'effettivo nocumento che pare, pertanto, darsi per presunto. In ordine all'aspetto del nocumento nel trattamento illecito dei dati personali, avvertita dottrina e autorevole giurisprudenza si sono interrogati sulla sua natura al fine di comprendere se esso rappresenti un elemento costitutivo del fatto tipico o se rappresenti una condizione oggettiva di punibilità. Nel primo caso, dovrebbe essere oggetto del dolo specifico richiesto dalla norma e, inoltre, solo alla sua verifica conseguirebbe la consumazione del reato. La giurisprudenza di legittimità più risalente ritiene che si tratti di una condizione oggettiva di punibilità che comunque non può andare a disegnare una ipotesi di responsabilità oggettiva, posto che la verifica della condizione oggettiva, non facendo parte degli elementi del fatto tipico, non potrebbe, in ogni caso, essere oggetto dell'elemento psicologico³¹, perfezionandosi, il reato *de quo*, a prescindere dalla verifica del nocumento che condiziona esclusivamente la procedibilità del medesimo reato. Tuttavia, a causa dell'ampio significato che può attribuirsi al concetto di nocumento (essendo capace di ricomprendere sia ipotesi di nocumento incidenti sullo stesso interesse tutelato dalla norma, sia su un bene giuridico diverso³² qual è, ad esempio, l'interesse patrimoniale), risulta complesso verificare se

³¹ Testualmente, G.B. GALLUS- F. MICOZZI, *Le fattispecie di reato rilevanti in tema di cyberbullismo*, in *Il Cyberbullismo alla luce della legge 29 maggio 2017, n.71*, in *Diritto in chiaro*, Roma 2017, p. 110.

³² Cass. Pen., sez. V, 13 marzo 2017, n. 11994, in www.neldiritto.it/appgiurisprudenza "il nocumento può sussistere anche quando dal trattamento di dati sensibili derivino, per la persona offesa, effetti pregiudizievoli sotto il profilo morale".

l'elemento condizionante la punibilità riguarda effettivamente il medesimo interesse tutelato dalla norma. Pertanto, la giurisprudenza di legittimità più recente, qualifica il nocumento non più quale condizione oggettiva di punibilità ma quale elemento costitutivo del reato, “avuto riguardo alla sua omogeneità rispetto all'interesse leso e alla sua diretta derivazione causale dalla condotta tipica, con conseguente necessità che esso fosse previsto e voluto o, comunque, accettato dall'agente come conseguenza della propria azione, indipendentemente dal fatto che costituisse o si identificasse con il fine dell'azione stessa”³³. In ordine al trattamento per fini esclusivamente personali, il reato di trattamento illecito di dati personali non sarebbe configurabile a meno che i dati, oggetto del trattamento, non siano soggetti a sistematica comunicazione o diffusione³⁴. Degno di nota, altresì, il secondo comma dell'art. 1 L. 71/2017 che richiama espressamente il trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzato per via telematica. Il delitto di trattamento illecito di dati personali, di cui all'art. 167 del Codice della *privacy*, che si pone in rapporto di continuità normativa, rispetto al previgente art. 35 della L. 675/96, prevede che “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne, per sé o per altri, profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'art. 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da 6 a 18 mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da 6 a 24 mesi”. Il secondo comma del medesimo articolo, invece, punisce, “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da 1 a 3 anni. I reati *de quibus* sembrerebbero costruiti come reati comuni³⁵, mentre, in realtà, si tratta di reati che possono essere commessi solamente da chi rivesta la qualifica di titolare, responsabile o o incaricato al

³³Sul punto, Cass. Pen., sez. III, 28 marzo 2017, n.15221, in www.proveritate.net www.sentenze.cassazione.com/category/penale, “il nocumento previsto dall'art. 167 D.lgs. n. 196 del 2003, indipendentemente dalla sua qualificazione in termine di condizione obiettiva di punibilità ovvero di elemento costitutivo del reato deve essere inteso come un pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura, patrimoniale e non, subito dalla persona alla quale si riferiscono i dati o le informazioni protetti; Per questa tesi v. BARONE, sez. 3, n. 30134 del 28/05/2004, dep. 9/07/2004, Riv. 229472; CASALINI e altro, Sez. 3, n. 23798 del 24/5/2012, dep. 15/06/2012, in motivazione - Sez. 5, n.44940 del 28/09/2011, dep. 2/12/2011), ma anche da terzi quale conseguenza dell'illecito trattamento (PONTILLO, sez. 3, Ordinanza n. 7504 del 16 luglio 2013, dep. il 18 febbraio 2014, Riv. 259261; sez. 3, n. 17215 del 17 febbraio 2011, dep. il 4/05/2011, L., Riv. 249991).

³⁴ Cass. Pen., sez. III, 28 marzo 2017, n. 15221, in www.proveritate.net www.sentenzecassazione.com/category/penale, “Giova, peraltro, rilevare come secondo la giurisprudenza di questa Corte (v. BOGGI e altro, sez. 3, n. 29071 del 16/05/2013, dep. 9/972913, Rv. 256673; POLIMENI e altri, sez. 5, n.46454 del 22/10/2008, dep. 17/12/2008, Rv. 241966); PACIOCCO, sez. 3, n.5728/05, del 17/11/2004, dep. 15/02/2005, Rv. 23/08/34) il reato di trattamento illecito di dati personali non è integrato se l'utilizzo dei dati avvenga per fini esclusivamente personali ovvero senza una loro diffusione o una loro destinazione ad una comunicazione sistematica.

³⁵ Testualmente, G.B. GALLUS, F. MICOZZI, *op. cit.*, in *Diritto in chiaro*, Roma 2017, pag. 109.

trattamento dei dati personali ossia da chiunque esegua un trattamento di dati personali in violazione di specifiche norme di legge³⁶.

2. Tentativi di ricostruzione dei profili di responsabilità dell'*Internet service provider* tra le difficoltà interpretative dei primi arresti giurisprudenziali

L'espressione *Internet service provider*³⁷ si riferisce ai c.d. prestatori di servizi della società dell'informazione. Un *provider* è un soggetto che gestisce servizi di connessione, trasmissione e memorizzazione di dati anche mettendo a disposizione le proprie strumentazioni³⁸. E' dunque, un intermediario che stabilisce un collegamento tra chi intende comunicare un'informazione e i destinatari della stessa. La navigazione in *Internet* passa attraverso l'utilizzazione di servizi e, in tale contesto, ogni utente, con estrema facilità, può immettere contenuti sia scritti che visivi, i quali, laddove lesivi dei diritti fondamentali integrano condotte illecite, e, divenendo attraverso la Rete, in tempo reale, di dominio di un numero indefinito di soggetti che consultano *Internet*, aumentano in modo esponenziale la capacità lesiva della condotta posta in essere. Invero, se da un lato *Internet* rappresenta una straordinaria realizzazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, nel contempo aumenta la possibilità di compiere illeciti *on line* con la conseguente violazione di situazioni giuridiche protette³⁹. Da qui la sentita esigenza di assicurare protezione ai soggetti potenzialmente lesi da comportamenti illeciti⁴⁰. Punto nodale del dibattito sorto in ordine al regime di responsabilità da adottare, a seguito della commissione gli illeciti perpetrati a mezzo

³⁶ In argomento, si veda una delle sentenze più dibattute in materia, anche a causa dei soggetti coinvolti come imputati, è quella del caso Google -Vivi Down, nel quale la Corte di Cassazione, III sezione penale, depositata il 3 febbraio 2014, n. 5107, in www.dirittoegiustizia.it, di primaria importanza, anche in materia di responsabilità penale dell'intermediario, statuiva l'insussistenza, a carico degli imputati, sia del reato di diffamazione che di quello di trattamento illecito di dati personali, in quanto: a) non è possibile attribuire all'*hosting provider* un obbligo giuridico di impedire i reati commessi *on line* dagli utenti; b) le attività che l'*hosting provider* ponga in essere sui contenuti caricati sulla piattaforma dagli utenti e che non comporti necessariamente la percezione dei contenuti caricati non escludono le limitazioni di responsabilità previsti dal D. lgs. 70/2003; c) solo dal momento dell'effettiva conoscenza da parte dell'*hosting provider* della illiceità dei contenuti caricati sulla piattaforma potrà ipotizzarsi una qualche responsabilità del gestore della piattaforma.

³⁷ Locuzione che indica i soggetti che rientrano nella categoria degli operatori della direttiva 2000/31/CEE, Direttiva sul commercio elettronico, 200/31 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare sul commercio elettronico, art. 2, lett. b).

³⁸ G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet service providers*, Torino 2002, pp. 192 ss.

³⁹ V. ZENO ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso Internet*, in *Riv. Giur. Dir. Informatica e dell'Informazione* 2000, 1996, p.640.

⁴⁰ In ambito europeo, la direttiva 200/31/CE ha privilegiato il ricorso a forme di responsabilità civile rispetto a forme di responsabilità penale e ha attribuito alla sezione IV, rubricata "*Responsabilità dei prestatori intermediari*" il perseguimento del difficile bilanciamento tra gli interessi dei diversi soggetti che operano in *Internet*, da un lato quelli dei prestatori che forniscono servizi di varia natura, interessati a non essere ritenuti responsabili per attività illecite compiute dai propri utenti e dall'altra, la necessità di regolamentare l'ambiente di *Internet* e, in caso di illecito commesso *on line*, di evitare che il danno subito rimanga privo di un risarcimento a causa della difficile individuazione del responsabile.

Internet è stata la scelta, nella attenta recente dottrina, di propendere per presunzioni di responsabilità in capo a soggetti che, in virtù della loro posizione nei confronti dell'attività produttiva del danno sono in grado di prevenire o sopportare il rischio, prospettando, così, un giudizio di responsabilità che prescinde dalla colpa⁴¹. Conseguenza di questa tendenza sono le ipotesi nelle quali si giunge ad attribuire in capo a tali soggetti una responsabilità oggettiva superando così il criterio della colpa come unica fonte di responsabilità extracontrattuale⁴², tenuto in debito conto che le tecnologie utilizzate per gestire le reti telematiche, non consentono di identificare con certezza l'utente che ha posto in essere la condotta illecita. Questi elementi, uniti all'esigenza che la vittima riceva risarcimento per il danno subito, hanno fatto giungere la quasi totalità degli ordinamenti alla conclusione di attribuire al *service provider* la responsabilità per illeciti derivanti dal materiale immesso o dalle dichiarazioni effettuate dai destinatari del servizio in spazi virtuali a lui messi a disposizione⁴³. Tre sono i diversi tipi di responsabilità che si configurano in capo all'*Internet service provider*. Una prima figura riguarda la responsabilità dell'*Internet service provider* in quanto autore dell'illecito, in tal caso valgono le regole ordinarie di imputazione della responsabilità. Il codice di autoregolamentazione dell'Associazione italiana *Internet provider* (AIIP) afferma che “il fornitore di contenuti è responsabile delle informazioni che mette a disposizione del pubblico”. Talvolta, la responsabilità del *provider* può configurarsi come concorsuale nell'illecito ovvero come responsabilità dovuta a negligenza conseguente all'omissione di controlli che avrebbero scongiurato il danno. Problemi si pongono soprattutto nelle ipotesi in cui il *provider* sia solo concorrente nell'illecito, oppure qualora l'illecito sia posto in essere non dal *provider* bensì da un utente dei servizi di connettività offerti. Sotto questo profilo, è affiorato in molti ordinamenti il tentativo di attribuire al prestatore di servizi la responsabilità degli illeciti anche se commessi dai destinatari del servizio (Il d. lgs 70 del 2003 attuativo della direttiva 31/2000 CE definisce all'art. 2 il “destinatario del servizio come soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni”). Invero, “considerare i *providers* immuni da qualsivoglia responsabilità per le attività commesse da chi per loro tramite accede alla Rete, significa rinunciare ad avvalersi dell'unico strumento oggi a disposizione per controllare la Rete”⁴⁴. In un primo momento si è tentato di applicare

⁴¹ È evidente che il criterio di imputazione ancorato alla colpa finisce per lasciare senza tutela, senza soddisfazione il soggetto leso ogni volta che questi non sia in grado di provare oltre al danno il nesso di causalità e condotta colposa del danneggiante. Si dovrebbe optare per un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità ogni volta che sia noto *ex ante* il soggetto che si trova nella posizione di poter prevenire o evitare il danno o per assicurarsi contro eventuali conseguenze dannose delle sua attività.

⁴² F. DI CIOMMO, *Internet diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider, Danno e responsabilità*, in *Riv. Dir. priv.*, n. 7/1999.

⁴³ B. DONATO, *La responsabilità del provider*, in *Annali di dir. Autore*, 1997, p.250.

⁴⁴ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna 2002, p. 126.

ai *providers* un regime di responsabilità oggettiva, riconducendone il fondamento all'art. 2050 c.c.⁴⁵ tenuto conto della forte pericolosità, e, dunque, probabilità di produrre danno a terzi⁴⁶. Imputare la responsabilità oggettiva a carico del *provider*, in qualità di soggetto esercente attività pericolosa, comporterebbe un obbligo in capo al gestore del sito di rispondere della condotta illecita dell'utente del *web*, a meno che egli non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Per ricondurre la responsabilità dell'*Internet service provider* a tale fattispecie, bisogna accertare se l'attività oggetto di discussione possa essere classificata come pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. Il compito di verificare se *Internet* rientri nel concetto di attività pericolosa è rimesso alla valutazione dell'interprete che si troverà a bilanciare due contrapposti interessi, da un lato il diritto del *provider* a svolgere una attività economica e dall'altro quella collettività di tutelarsi da qualsiasi danno che questa attività potrebbe arrecarle. Tuttavia, è stato evidenziato da avvertita dottrina l'inidoneità del disposto normativo dell'art. 2050 c.c. a disciplinare la responsabilità del *provider* in quanto la sua attività non appare obiettivamente ed intrinsecamente fonte di pericolo⁴⁷. Si consideri, altresì, che tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva introdotte dal legislatore nazionale e comunitario, sono accomunate dal fatto che presuppongono un effettivo potere di controllo sull'attività oggetto di tutela. Tale sistema impone l'adozione di misure di sicurezza adeguate qualora le operazioni di controllo non siano tecnicamente possibili. In ordine alla commissione di illeciti *on line*, la prova di aver adottato tutte le misure dirette ad evitare il danno, sarebbe soddisfatta soltanto dalla dimostrazione da parte del *provider* di aver adottato un sistema di vigilanza che lo stesso art. 17 del D.lgs 2003/70 scarta⁴⁸. Successivamente, è stata teorizzata una responsabilità del prestatore di servizi collegandola alla disciplina dei danni causati da cose in custodia ex art. 2051 c.c. e, infine, ad una responsabilità per *culpa in vigilando* ex art. 2049 c.c. che si verifica tutte le volte che l'*Internet service provider* non impedisce l'evento illecito poiché non controlla l'illiceità dei contenuti immessi sul *server*⁴⁹. Dovrebbe essere rinvenibile nei confronti dell'*Internet service provider* non solo un obbligo bensì un potere di controllo o la possibilità di mettere in atto misure idonee ad evitare il danno affinché si possano utilizzare nei confronti di tali soggetti questi criteri di imputazione. Si ritiene che tali attività siano tecnicamente impossibili in quanto gli *Internet service providers* non sono in grado di porre in essere un controllo successivo, né preventivo sui dati immessi in Rete dai destinatari del servizio. Il controllo preventivo esigerebbe, inoltre, un enorme dispendio di risorse

⁴⁵ Art. 2050 c.c. "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno".

⁴⁶ Si riferisce sia alle attività pericolose tipizzate, nel codice o in leggi speciali, sia a quelle che siano comunque tali per la loro attitudine a produrre un rischio le c.d. attività pericolose atipiche.

⁴⁷ Trib. Civ. Bologna, sez. III, 26 novembre 2001, in F. BUFFA, *I profili penali del commercio elettronico*, Milano 2006, appendice giurisprudenziale, p.316.

⁴⁸ M. DE PALMA, *Reati comuni, percorsi giurisprudenziali*, Milano 2007, p. 254.

⁴⁹ R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2002, p. 32.

economiche⁵⁰. Nell'ipotesi in cui l'evento dannoso si verifica a causa di comportamenti commessi dall'utente, considerando che molti contenuti in *Internet* hanno il carattere della notizia, la responsabilità del *provider* consisterebbe in una *culpa in vigilando* paragonando *Internet* ad una testa giornalistica ed il *provider* ad un editore o direttore di testata. Il presupposto sarebbe rappresentato dall'inadempimento dell'obbligo di controllo preventivo che graverebbe sul *provider* per i contenuti memorizzati sul server, responsabilità dalla quale egli sarebbe esonerato nel momento in cui fosse in grado di dimostrare di aver fatto tutto quanto possibile per evitare l'illecito⁵¹ tuttavia, si rinvengono teorie di segno diverso che hanno negato la riconducibilità *sic et simpliciter* del *provider* a quella dell'editore stabilendo che la legge sulla stampa è direttamente applicabile soltanto alle pubblicazioni realizzate su supporto cartaceo e non anche a quelle effettuate tramite le moderne tecniche telematiche. Inoltre, il *provider* non avrebbe la competenza, anche tecnica, di operare un siffatto controllo su questi contenuti per individuare eventuali illeciti. Comunque, le impostazioni che sposano un concetto di responsabilità oggettiva, sono state superate sia dalla nostra dottrina⁵² che dalla giurisprudenza domestica⁵³ per dare spazio ad una tendenza che non pone al centro del problema il concetto di negligenza e, quindi, di colpa come criteri per l'attribuzione della responsabilità del *provider* da valutare caso per caso⁵⁴. A questo concetto sembra essersi ispirata anche la direttiva comunitaria sul commercio elettronico del 2003 n.31 recepita in Italia con D. lgs n.70 del 9 aprile 2003. Con tale intervento legislativo sono state fissate le condizioni per riconoscere la responsabilità del *provider*

⁵⁰ Da un punto di vista economico, infatti, una simile estensione potrebbe rendere eccessivamente onerosa l'attività degli *Internet provider*, i quali a loro volta potrebbero essere indotti a scaricare i maggiori costi sia su coloro che intendono immettere contenuti in rete, c.d. *content provider*, sia sugli utenti finali, riducendo l'offerta di servizi liberi e aumentando invece quelli a pagamento: è in entrambi i casi, la conseguenza sarebbe una compressione delle potenzialità libertarie della Rete.

⁵¹ Una delle prime pronunce che applicò il concetto di *culpa in vigilando*, considerando *Internet* un organo di stampa fu quella del Tribunale di Napoli, emessa in materia di concorrenza sleale, la quale, equiparando *Internet* ad un organo di stampa, riconobbe la responsabilità aquiliana colposa del *provider* che, pur rivestendo la qualifica di *extraneus*, non essendo egli in concorrenza diretta con l'imprenditore danneggiato, aveva consentito il comportamento illecito di un suo utente. Questa interpretazione ha prestato il fianco ad osservazioni critiche assimilerebbero *Internet* piuttosto ad un rete telefonica, per cui non essendo il gestore della stessa responsabile per le molestie verbali o i reati perpetrati attraverso il mezzo telefonico, non lo sarebbe neanche il gestore dei server, ossi l'*Internet provider*.

⁵² A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2003, pp.143 ss.

⁵³ Trib. Roma, ordinanza 22 marzo 1999, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p.66; P. SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2000, p. 67, ha affermato che "il *provider* che effettua il collegamento in Rete non è tenuto ad accertarsi del contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi che vengono immessi in un sito, tuttavia, sussiste la sua responsabilità per colpa se il contenuto delle comunicazioni da trasmettere sia all'evidenza illecito; in questo caso, il *provider*, dando corso al collegamento, concorre nel fatto illecito in quanto dà apporto causale alla commissione dello stesso".

⁵⁴ Le limitazioni di responsabilità in capo all'*Internet service provider* sono principalmente volte ad evitare l'introduzione di nuove ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzate e di configurare quanto meno una ipotesi di compartecipazione dei *provider* ai contenuti illeciti veicolati da terzi che utilizzano il servizio di connettività da essi fornito.

nell'ambito del commercio elettronico “la presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società di informazione tra gli Stati membri”⁵⁵. Dal testo comunitario e dalla relativa normativa di recepimento, emerge un sistema di obblighi e responsabilità civili per gli operatori di *Internet* attraverso una tipizzazione della responsabilità per fatto proprio. Gli artt. 14,15 e 16 del decreto n.70 del 2003, contemplano le diverse forme di responsabilità degli operatori *Internet*, enunciando una sostanziale deresponsabilizzazione dell'*Internet Service provider*. La normativa delinea un sistema volto a definire quando il prestatore di servizi non risponde delle attività illecite commesse dall'utente, invece che un sistema improntato a stabilire quanto egli sia responsabile. L'art. 14 disciplina la figura dell'*access provider* ossia il prestatore che effettua mero trasporto di informazioni (*mere conduit*). In tale articolo⁵⁶ è stata sottolineata l'irresponsabilità in virtù del ruolo passivo e automatico svolto dall'operatore. L'art. 15 regola l'attività di *caching* ossia di memorizzazione temporanea, automatica e intermedia per attuare il successivo inoltra a richiesta dei destinatari⁵⁷. L'attività di *hosting* (in informatica si definisce hosting, dall'inglese *to host*, ospitare, un servizio di rete che consiste nell'allocare su un server web le pagine web di un sito web) è disciplinata dall'art. 16 e consiste nella memorizzazione duratura delle informazioni per renderle disponibili in Rete. Questa costituisce l'attività più penetrante e in quanto tale regolata in modo più severo perché, in questo caso, il *server* non svolge un ruolo meramente passivo e la

⁵⁵ V. PEZZELLA, *La diffamazione: le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano 2016, *passim*.

⁵⁶ Art. 14 d.lgs. 9 aprile 2003 n.70 “nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che non dia origine alla trasmissione; non selezioni il destinatario della trasmissione; non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”. 2 “le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al comma 1, includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo”. 3 “L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

⁵⁷ Così Part. 15 comma 1. Decreto legislativo 70/2003 di attuazione della Direttiva Europea sul commercio elettronico: “Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trattamento su una rete di comunicazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che: non modifichi le informazioni; si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; non interferisca con l'uso lecito di tecnologia riconosciuta ed utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla Rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione”; comma 2. “L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

memorizzazione stabile accresce la possibilità di conoscenza dell'illecito. La norma prevede che “Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”. Al secondo comma stabilisce che “le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore”. L'art. 16, infine, stabilisce che “L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”. Nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 14,15, e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17 d. lgs. 9 aprile 2003, n.70)⁵⁸. In argomento, il primo significativo precedente giurisprudenziale, ricordato come il caso *Google c. Vivi Down* che ha posto l'accento sull'annoso problema della responsabilità civile dell'*Internet service provider* è utile per comprendere come in questo settore la giurisprudenza abbia spesso una visione distorta del fenomeno di *Internet* e del ruolo svolto dai *provider*. Nel 2006, un gruppo di studenti dell'Istituto Tecnico di Torino registrò in classe un video le cui immagini ritraevano alcuni studenti nell'atto di vessare e additare con epiteti ingiuriosi un compagno di classe affetto da sindrome di *Down*. I carnefici, intenti a denigrare la vittima, si qualificarono in modo tristemente ironico come appartenenti alla *Vivi Down*, associazione di volontariato italiana per la ricerca scientifica e la tutela delle persone affette da sindrome di *Down*. Tra l'8 e il 10 settembre del 2006, la ripresa venne caricata da un minore su *Google Video* e vi rimase per oltre due mesi, ottenendo un elevato numero di visualizzazione nonché risultando il video più scaricato dal sito e annoverato dalla società al primo posto tra i video più divertenti. Solo il 7 novembre, a seguito di segnalazione a Google video e poi alla polizia postale, il video è stato rimosso dalla piattaforma⁵⁹. I genitori del ragazzo e i legali rappresentanti dell'associazione *Vivi Down* sporsero querela e da questa scaturirono due procedimenti: uno penale a carico della ragazza accusata di aver caricato il video nel *web* e uno a carico dei legali

⁵⁸ A tal proposito si veda V. PEZZELLA, *La diffamazione: le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano 2016, p. 570.

⁵⁹ G. CAMERA - O. POLLICINO, *La legge è uguale per tutti anche sul web*, Milano 2010, *passim*.

rappresentanti di *Google Italia* e *Google Inc* ⁶⁰. La responsabilità dell'*Internet service provider* è stata ricondotta alla violazione dell'art. 40, 2 co. c.p.c. per aver consentito, senza operare un controllo preventivo, che venisse caricato in rete, attraverso le pagine del sito, il video in oggetto. In particolare, tre *manager* di *Google* furono imputati per non aver impedito il delitto di diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione⁶¹ e per aver trattato illecitamente dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso (art. 167 d. lgs 196/2003, c.d. codice delle *privacy*). Nel giudizio di primo grado, il Tribunale di Milano assolse gli imputati dal delitto di diffamazione, escludendo che sorgesse in capo all' *host provider* ⁶² un obbligo di impedire reati commessi dagli utenti. Tale decisione fu motivata sia da ragioni giuridiche , poiché la stessa direttiva sul commercio elettronico, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 70/2003, esclude un obbligo di vigilanza sul contenuto dei materiali immessi dagli utenti, sia da ragioni di ordine pratico, consistenti nell'impossibilità in concreto di filtrare *ex ante* i contenuti degli *uploader*. Il Giudice di primo grado, ritenne tuttavia sussistente il delitto di illecito trattamento di dati personali e nel 2010 condannò i responsabili di *Google Italy* e *Google Inc*, in concorso tra loro, per il reato di cui all'art. 167 d.lgs 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice della *privacy*, ⁶³ in quanto, secondo la normativa vigente, *l'Internet service provider* avrebbe dovuto avvisare gli utenti degli "obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non assolvendoli oltre che l'obbligo di immediata cancellazione di quei dati e comunicazioni che risulterebbero correttamente segnalate come criminose"⁶⁴. Secondo il Giudice di primo grado, *Google* sarebbe responsabile di violazione della disciplina sulla *privacy*, perché, nell'ambito di un'attività svolta con finalità lucrativa, non avrebbe avvertito in maniera sufficientemente chiara la minore che ha caricato il video *on line* sulla necessità di tutelare la *privacy* del protagonista⁶⁵. Contro la decisione di primo grado, avvertita come attacco ai principi fondamentali di libertà sui quali è costruito *Internet*, sia le difese, sia la Pubblica accusa proposero appello. I *manager* italiani della multinazionale sostennero che se viene meno il principio che la responsabilità dei contenuti è

⁶⁰ Secondo il capo di imputazione sorgeva a carico di tali soggetti l'obbligo di impedire l'evento lesivo della reputazione del ragazzo disabile. Tale obbligo di garanzia veniva individuato con riferimento alle norme del codice della *privacy* del 2003 in particolare gli artt. 13,17,26.

⁶¹ Art. 40 c.p.v. e 595 c.p.c..

⁶² Art. 14 d.lgs 70/2003.

⁶³ Nel caso in esame, se è vero che un *hosting provider* attivo qual è *Google Italy*, ha sicuramente più elementi per poter riconoscere l'esistenza di un reato commesso da un singolo *uploader* , e ha sicuramente degli obblighi che la legge gli impone nel trattamento dei dati sensibili dei soggetti che vengono caricati sul sito web, è vero anche che non può essere imposto allo stesso un obbligo generale e specifico di controllo su tutti i dati sensibili caricati.

⁶⁴ cfr. Trib., Milano, Sez. IV, 12 aprile 2010, n. 1972, secondo il Tribunale *de quo* trattasi dell'obbligo derivante, dall'art.13 del d.lgs 196/2003, oltre che dal "buon senso".

⁶⁵ Di contro, è stato condivisibilmente affermato che la motivazione della sentenza non afferma i criteri che l'informativa avrebbe dovuto contenere affinché si potesse ritenerla idonea ad informare l'utente.

esclusivamente di chi li carica in Rete, cade di fatto la responsabilità di offrire servizi su *Internet*⁶⁶. La Corte d'Appello, nel giudizio di gravame fece poi cadere ogni accusa, annullando anche la condanna per illecito trattamento dei dati personali, affermando l'assenza di obbligo di garanzia in capo all'*hosting provider*. Secondo il Giudice di appello, il combinato disposto dell'art. 167 e dell'art. 13, *non prevede un obbligo di informare gli uploader sui doveri previsti dal Codice della privacy*. E' stato, poi, rilevato che i *manager* di Google non interverrebbero, in nessun caso, sui contenuti caricati dagli utenti. La conclusione cui sono giunti i giudici di appello è che il soggetto responsabile del trattamento dei dati diffusi tramite Google resta esclusivamente l'*uploader*.⁶⁷ Per affermare la responsabilità a titolo di omissione in capo ad un *host* o *content provider*, occorre riconoscere, a suo carico, una posizione che gli consenta di evitare l'evento, unita alla effettiva possibilità di operare un controllo preventivo⁶⁸. Contro la decisione della Corte di Appello, è stato proposto ricorso in Cassazione dalla Procura generale, limitatamente al delitto di illecito trattamento dei dati personali. Nel rigettare l'impugnazione, il Giudice di legittimità (Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2013 (dep. 3 febbraio 2014) n. 5107) confermò in ultima istanza l'assenza di un obbligo di garanzia in capo agli *Internet service provider*⁶⁹. Come affermato da autorevole dottrina "la sentenza tratta una vicenda oggettivamente complessa, riguardante la linea di confine tra libertà e governabilità della Rete. La Suprema Corte tenta di sbrogliare l'intricata matassa, sottolineando i limiti della responsabilità dell'*hosting provider* e stabilendo che la conoscenza da parte di quest'ultimo di eventuali contenuti illeciti caricati dall'utente, assume rilevanza solo a seguito di una segnalazione da parte delle autorità competenti"⁷⁰. Posto che il giorno in cui la polizia postale aveva segnalato a Google il video *de quo*, e questi procedeva a rimuovere il video, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso della Procura generale, tenuto in debito conto che, nonostante il palese trattamento illecito dei dati personali, contenendo il video dati relativi alla

⁶⁶ Sul punto, il governo degli stati uniti nella figura del segretario di stato per la democrazia, i diritti umani e il lavoro, definì "deprimente che le autorità italiane abbiano cercato di imporre ai rappresentanti di una compagnia privata una censura preventiva dei contenuti" www.repubblica.it del 2 marzo 2010.

⁶⁷ Espressione che indica colui che carica *i file* ovvero il programma di computer che agevola il caricamento dei file

⁶⁸ I giudici di gravame hanno osservato che "non può essere ravvisata la possibilità effettiva e concreta di esercitare un pieno ed efficace controllo sulla massa di video caricati da terzi, visto l'enorme flusso di dati. Non può vedersi come l'obbligo del soggetto web di impedire l'illecito diffamatorio imporrebbe allo stesso un filtro preventivo su tutti i dati immessi in rete, che finirebbe per alterarne la funzionalità" App., Milano, sez. I, 27 febbraio 2013.

⁶⁹ In quanto, nessuna disposizione "prevede che vi sia in capo al *provider*, sia esso anche un *hosting provider*, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito".

⁷⁰ La Cassazione sottolinea che "finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il *provider* sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile, esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice Privacy"; G. CAMERA - O. POLLICINO, *Dietro le quinte del caso Google versus Vividown*, Milano 2010.

salute del minore ripreso, tale illecito era per la Corte di Cassazione attribuibile esclusivamente agli *uploader* e non all'*hosting provider*⁷¹.

3. Analisi comparata della disciplina dell'illecito *on line* nella esperienza giuridica italiana e francese: confronto tra modelli e spunti di riflessione

Il problema della responsabilità civile dell'*Internet service provider* per illeciti perpetrati a mezzo *Internet* dagli utenti, rappresenta in tutti gli ordinamenti la nuova frontiera della responsabilità aquiliana⁷². Il punto nodale del dibattito instauratosi risiede nell'alternativa di riconoscere in capo al prestatore di servizi una responsabilità per fatto illecito altrui ovvero una responsabilità per colpa. L'esperienza francese mostra il graduale passaggio da una posizione favorevole alla responsabilità oggettiva del *provider* ad un'altra legata alla responsabilità per colpa, quale criterio di imputazione nel giudizio di responsabilità dell'intermediario. In Francia è stata la Corte d'Appello di Parigi nel 1999 a sancire per la prima volta, nel caso noto come *Hallyday*, la responsabilità extracontrattuale dell'*Internet service provider* per contenuto illecito immesso dagli utenti. Nel caso concreto deciso dalla Corte, si era verificata la pubblicazione su un sito ospitato dal *provider* di alcune foto di nudo della nuora di una nota *rock star* transalpina. La modella Estelle Lefebure, ritenendosi lesa nei suoi diritti all'immagine e alla vita privata riconosciuti ad ogni persona dagli art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷³ e dall'art. 9 *Code Civil*⁷⁴ era ricorsa al *Tribunal de Grande Instance* per ottenere un provvedimento d'urgenza che obbligasse il *provider* ad oscurare le foto diffuse dal sito da lui ospitato senza il consenso della ricorrente e la concessione di una provvisoria sul risarcimento dei danni⁷⁵. Nel ritenere sussistenti i presupposti per la concessione della tutela cautelare, il *Tribunal de*

⁷¹ Nel caso di specie, *Google Italy* non conosceva il contenuto illecito del video e dopo essere stato avvisato dall'autorità, ha provveduto alla sua immediata rimozione; In argomento cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1999, pp.1049 ss., ove l'autore osserva come la Suprema Corte abbia, così, compiuto un'attività di organizzazione tra la disciplina sul commercio elettronico, d. lgs. 70/2003, e quella sulla *privacy*, d.lgs 196/2003, delimitando i confini della responsabilità dell'*hosting provider*. La disciplina sul commercio elettronico pone alcune limitazioni di responsabilità per il *provider* in relazione agli illeciti realizzati dagli utenti attraverso i contenuti da loro pubblicati. In particolare, il d.lgs. 70/2003, all'art. 17, esclude per l'*hosting provider* un generale dovere di sorveglianza sui contenuti degli *uploader* e all'art. 16 afferma la non responsabilità del *provider* per le condotte illecite tenute dagli utenti, qualora non ne fosse a conoscenza e se, una volta avvisato dall'Autorità, abbia provveduto alla rimozione dei contenuti stessi.

⁷² F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Giur. straniera Danno e Responsabilità*, 1999, *passim*.

⁷³ Art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita personale e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza".

⁷⁴ art. 9 *Code Civil* "Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

⁷⁵ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Milano 2010, p.136; il convenuto replicava che il suo servizio era di natura meramente tecnica e che il singolo controllo dei siti da lui ospitati era materialmente

Grande Instance ha rimesso al giudice di merito la decisione sulla determinazione del *quantum* da liquidare a titolo di risarcimento danni. La Corte d'appello, con una decisione oggetto di molteplici critiche, ha sostenuto che, pur in assenza di un obbligo di controllo sul contenuto dei siti ospitati, il *provider* era da ritenersi responsabile poiché aveva prestato positivo consenso al mantenimento dell'anonimato da parte dei fornitori di contenuti: “Il *provider* che nell’offrire ospitalità al sito da lui gestito e creato, consente a chiunque sotto qualsiasi denominazione o anche anonimamente, di diffondere segni, scritti, immagini, suoni e messaggi sprovvisti del carattere di corrispondenza privata, eccede manifestamente il ruolo tecnico di semplice trasmettitore d’informazioni e, deve, dunque, assumere verso i terzi le conseguenze di tale attività”⁷⁶ eccedendo, in tal modo, il ruolo di mero trasmettitore di informazioni provenienti da altri. La *ratio* della motivazione della Corte d’Appello di Parigi va, dunque, ravvisata nel fatto che il *provider* che fornisce un servizio di ospitalità sul sito da lui gestito, qualora consente ai fruitori di pubblicare e diffondere segni scritti e immagini illeciti in forma anonima, non riveste più un ruolo meramente passivo⁷⁷ perché eccede il ruolo di semplice trasmettitore di informazioni e deve assumerne verso i terzi le conseguenze derivanti. La decisione della Corte d’Appello parigina⁷⁸ attesa la difficoltà di individuare il soggetto realmente responsabile della pubblicazione dei contenuti, sembra volta a favorire il danneggiato in quanto individua nel *provider* il soggetto responsabile. All’indomani della pubblicazione della sentenza *Hallyday* che “suscitò accese proteste dei *providers* e produsse evidenti effetti di *overdeterrence*”⁷⁹ “i maggiori *providers* francesi oscurarono oltre cinquemila siti sospetti per timore di essere ritenuti responsabili dei contenuti ospitati. Di rilevante importanza il caso simile a quello *Hallyday* risolto con pronuncia del Tribunale *de Grande Instance* di Nanterre⁸⁰ che ha segnato l’avvio di un nuovo indirizzo giurisprudenziale, avendo il Tribunale *de quo*, per la prima volta definito le condizioni che fanno sorgere la responsabilità aquiliana del *provider*, applicando al prestatore di servizi in *Internet* il regime di responsabilità degli artt. 1382 e ss. *Code Civil* che impone l’obbligo di diligenza al professionista⁸¹. Tuttavia, se il generale obbligo

inattuabile. Secondo la ricorrente la responsabilità del *provider* era a titolo di colpa per non aver vigilato sui contenuti immessi dagli utenti e per non aver registrati i dati del responsabile consentendo quindi a quest’ultimo di rimanere impunito. Di contro, la difesa sosteneva di non essere gravato dall’obbligo di vigilare preventivamente sui contenuti caricati dagli utenti e partiva dall’assunto di aver provveduto alla repentina cancellazione delle immagini illecite a seguito della notifica dell’avente diritto.

⁷⁶ Corte di Appello di Parigi 10 febbraio 1999, in *Danno e Responsabilità*, 1999, pp. 754 ss.

⁷⁷ G.M. RICCIO, *op. cit.*, p.151.

⁷⁸ Dopo aver stabilito l’inapplicabilità al caso di specie del regime di responsabilità oggettivo a cascata sull’editore e sul direttore per illeciti compiuti a mezzo stampa previsto dalla legge sulla stampa del 23 giugno 1982 e del 30 settembre 1986 a causa delle differenze tra giornali e *Internet*.

⁷⁹ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’Internet service provider*, Milano, 2010, p.137.

⁸⁰ TGI Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Semaine Juridique*, 2000, n. 13, 577.

⁸¹ G.M. RICCIO, *op.cit.*, pp.153 ss.; P. STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, Vol. I, *Responsabilità contrattuale*, Padova 2012, p.71: l’art. 1382 *Code Civil*, collocato nel *Titre IV* del Libro Terzo del *Code Civil*, è la norma centrale del sistema francese della responsabilità civile, secondo cui “ogni fatto dell’uomo, che causa danno ad altri, obbliga

di diligenza si articola nell'obbligo di informazione, consistente nel mettere al corrente gli utenti della necessità di rispettare i diritti della personalità dei terzi, oltre che nell'obbligo di vigilanza ed azione, il dovere di vigilanza esistente in capo all'*Internet provider* è, invece, assolto apprestando mezzi esigibili da un professionista minuzioso, mentre l'obbligo di bloccare l'accesso al sito sorge qualora pervenga la segnalazione di un illecito⁸². L'affermazione dell'obbligo del *provider* di adottare, sia pure in assenza di un

colui per la cui colpa è avvenuto a risarcirlo” (“*Tout fait quelconque de l'homme, qui causae à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”); il principio generale è contemplato dalla disposizione successiva (art. 1383), che sancisce la responsabilità non soltanto per danni imputabili ad un fatto proprio, ma anche per tutti quelli cagionati per negligenza o imprudenza (“*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”); P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, p. 157, “il modello francese dell'illecito civile è affidato ad una norma emblematica di un sistema tendenzialmente aperto di responsabilità, improntato ad una atipicità sconosciuta all'esempio romano e costruito intorno ai tre capisaldi: “*faute*” (colpevolezza), “*dommage*” (danno) e “*lien de causalité*” (nesso di causalità)”. Una interpretazione letterale della norma porterebbe l'interprete a concludere che, in Francia, qualunque danno, una volta provati la colpevolezza del danneggiante ed il rapporto causale tra condotta di questi e pregiudizio, origini una obbligazione risarcitoria in favore del danneggiato, eppure non è così. Come avviene in Germania, in Italia e nei paesi di Common Law, il sistema della responsabilità civile non copre tutti i danni che un soggetto può potenzialmente subire. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt.dir.civ.*, diretto da R. SACCO, Torino 1998, pp.15 ss, “Non a caso, in dottrina, si è evidenziato come il tratto fondamentale della *responsabilité civile* disegnato dal *Code Napoleon* sia il silenzio: il codice francese, fedele alla sua impostazione di assoluta atipicità, tace su cosa debba intendersi per “*faute*”, “*dommage*” e “*lien de causalité*”, così come registra l'assenza di ogni riferimento all'antigiuridicità, a quel presupposto dell'illecito che l'art. 2043 del codice civile italiano identifica nella *ingiustizia* del danno. Il silenzio del codice non è rimasto tale nell'opera dei formanti giurisprudenziale e dottrinale: in sede applicativa, i presupposti applicativi dell'art. 1382 *Code Civil* non sono più soltanto la *faute*, il *dammage* e la *lien de causalité*, ma a questi si accompagna anche la necessaria dimostrazione della antigiuridicità dell'agire altrui, cioè nella prova della violazione di un diritto soggettivo assoluto del danneggiato o di una norma di protezione prevista in suo favore dall'ordinamento”.

⁸² L. BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet service provider, una sintesi di diritto comparato*, in *Dir. dell'informazione* 2000, pp.854 ss.; In argomento, Cass. 27 dicembre 2016, n. 54946 in www.questionegiustizia.it/responsabilità del gestore del sito *Internet*, con la quale gli Ermellini hanno rilevato che la sentenza di merito aveva ritenuto il gestore responsabile non per l'inserimento del *file* diffamatorio, cioè per il suo *upload*, effettuato nel caso autonomamente dall'autore, ma per il suo mantenimento *on line* dalla data in cui aveva avuto consapevolezza del file (per aver ricevuto sulla casella postale mail dell'autore del messaggio contenente il certificato penale del diffamato) fino alla data del sequestro preventivo del sito. La predetta sentenza è la prima ad affermare la responsabilità penale del *provider* per il dato diffamatorio postato da terzi, specificamente individuati. Nell'esperienza giuridica italiana, in sede di legittimità, non vi sono precedenti specifici con riferimento al reato di diffamazione; Utile indicazione di una soluzione opposta in tema di responsabilità penale del *provider* arriva da Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, *cit.*, ove i giudici di legittimità hanno sottolineato che “il gestore del servizio di hosting non ha alcun controllo sui dati memorizzati, né contribuisce, in alcun modo alla loro scelta, alla loro ricerca o alla formazione del *file* che li contiene, essendo tali dati interamente ascrivibili all'utente destinatario del servizio che li carica sulla piattaforma messa a sua disposizione”, dunque, “finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso, quando, invece, il *provider* sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione, per renderlo comunque inaccessibile, esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice della Privacy”; per un'ampia trattazione si veda anche il “caso Delfi contro Estonia” quale significativo precedente, in argomento, della Corte di Strasburgo, in www.irpa.eu/gruppi-aree-ricerca/giustizia-amministrativa/materiali-diritti-fondamentali. La Corte di giustizia interviene nel delicatissimo equilibrio tra libertà di espressione e tutela della persona all'interno di *Internet* e pronunciandosi, per la seconda volta sul caso **Delfi**, la Corte ritiene che una normativa nazionale che preveda la responsabilità del gestore di un *blog*, per i commenti apparsi al suo interno, non contrasti con la Cedu. Il tema è delicatissimo, e va considerato con attenzione, per comprenderne i risvolti e i

dovere preventivo di controllo, ragionevoli misure di diligenza richieste, suscitarono le reazioni della dottrina francese, la quale espresse il timore che, dalla previsione indefinita e generica di obblighi diversi da quelli di vigilanza, richiesti dal principio di diligenza professionale, potessero essere in futuro introdotte dalla giurisprudenza fattispecie di responsabilità indipendenti dalla colpa⁸³. Sulla scorta dei risultati

possibili limiti nell'esercizio dei diritti e, soprattutto, la proporzionalità di tali limiti": nella specie, ricorrente era una società per azioni, registrata in Estonia, proprietaria di un portale di notizie *on line* che pubblicava articoli e consentiva al pubblico di caricare direttamente commenti sui vari argomenti. Il portale aveva in atto un sistema di *notice and take down*, consentendo ad ogni lettore di segnalare i messaggi da rimuovere con conseguente effettiva rimozione da parte del gestore; cfr. testualmente, F. BUFFA, Nota a margine della sentenza di Cassazione n. 54946, in *Questione giustizia*, *La responsabilità del gestore del sito Internet*: "Nel caso, un messaggio con contenuto diffamatorio era stato postato sul sito e poi rimosso nello stesso giorno della intervenuta segnalazione del suo carattere diffamatorio; il diffamato aveva, quindi, chiesto il risarcimento dei danni alla società Delfi, per i danni occorsi per tutto il tempo per tutto il tempo dall'*upload* del messaggio alla sua effettiva rimozione (sei settimane). Dopo alterne vicende avanti ai giudici nazionali, alla fine la società era stata condannata a pagare un risarcimento, peraltro di entità modesta: i giudici nazionali avevano qualificato l'attività del portale come *content provider*, ritenendo che l'invito a postare commenti verso il pubblico implicasse una responsabilizzazione del *provider* per i contenuti immessi, tanto più che la società aveva un diretto interesse economico in relazione al numero di visite al sito, per effetto degli accordi commerciali con società terze pubblicizzate sul sito. La società aveva quindi presentato ricorso innanzi alla CEDU, per asserita violazione del suo diritto di impartire informazione, protetto dall'art. 10 della Convenzione. La Corte, prima con Camera singola (ottobre 2013), poi in composizione di *Grande Chambre* (luglio 2015), ha rigettato il ricorso in quanto infondato, escludendo che la sanzione pecuniaria modesta inflitta alla società potesse integrare una violazione dell'articolo 10 della Convenzione. La Corte ha in particolare attribuito rilievo al fatto che la società ricorrente fosse un editore professionista, in grado di valutare i rischi connessi alle sue attività e che poteva essere in grado di prevedere, in misura ragionevole, le conseguenze lesive derivanti da messaggi del pubblico non preventivamente filtrati, dovendo conseguentemente esercitare un maggiore controllo sui messaggi. Secondo la Corte, lo stesso meccanismo di *notice and take-down* utilizzato dalla società, basato sulle segnalazioni del pubblico, era insufficiente a proteggere i soggetti diffamati, potendo intercorrere anche diverse settimane (come nel caso) prima della rimozione del dato diffamatorio. Non è stato peraltro neppure irrilevante nella valutazione della Corte la considerazione della scelta del gestore del portale di consentire i commenti da parte di utenti non registrati, assumendo inevitabilmente per tali commenti una responsabilità (in tema si richiama anche la sentenza CEDU *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Austria*, n. 72331/01, § 32, 9 novembre 2006, dove la Corte ha riscontrato che lo spostamento del rischio della persona diffamata per ottenere un risarcimento per il procedimento per diffamazione alla società dei media, di solito in una migliore posizione finanziaria rispetto al diffamatore, non era qualificabile quale interferenza sproporzionata nel diritto della società alla libertà di espressione). Per tutti i detti motivi, e considerando la quantità modesta dei danni che la ricorrente era stata condannata a pagare, la restrizione alla sua libertà di espressione è stata considerata dalla Corte EDU giustificata e proporzionata. Da ultimo, sul caso, si segnala che la decisione della Grande Camera non è stata unanime e che due giudici hanno espresso la loro opinione dissenziente, sottolineando che l'ammissione di responsabilità degli intermediari avrebbero portato alla ulteriore autocensura da parte degli operatori, proprio per paura di quella potenziale responsabilità". Come si legge nel comunicato stampa della Corte relativo alla sentenza, "[t]he question before the Grand Chamber was not whether the freedom of expression of the authors of the comments had been breached but whether holding Delfi liable for comments posted by third parties had been in breach of its freedom to impart information. The Grand Chamber found that the Estonian courts' finding of liability against Delfi had been a justified and proportionate restriction on the portal's freedom of expression, in particular, because: the comments in question had been extreme and had been posted in reaction to an article published by Delfi on its professionally managed news portal run on a commercial basis; the steps taken by Delfi to remove the offensive comments without delay after their publication had been insufficient; and the 320 euro fine had by no means been excessive for Delfi, one of the largest Internet portals in Estonia"

⁸³ M. DE CATA, *op.ult.cit.*, p.141, "Sembra più corretto ritenere che il Tribunale di Nanterre, più che aprire spiragli verso futuri *revirement* giurisprudenziali favorevoli al criterio di responsabilità oggettiva, non abbia escluso che in capo al *provider*, in base al criterio di diligenza professionale, possano essere individuati, anche a seguito del progresso tecnico, obblighi di prestazioni utili a prevenire la commissione dell'illecito o a ridurre gli effetti dannosi. Il mondo dell'informatica e della telematica, infatti, è caratterizzato da rapidissimi e continui progressi tecnologici.

raggiunti dalla giurisprudenza, il legislatore francese è intervenuto regolamentando la materia della responsabilità dell'*Internet service provider* con la legge n. 719 del 1 agosto 2000⁸⁴ la quale, pur non costituendo attuazione della direttiva sul commercio elettronico 31/2000 CE, presenta una similitudine tra le norme, in quanto opera una distinzione tra *provider*, differenziando il regime di responsabilità, a seconda del tipo di servizio da essi svolto. La legge francese, così come la direttiva sul commercio elettronico, al pari del TDG tedesco⁸⁵ ha adottato un regime di non responsabilità, prevedendo che gli *access provider* sono esenti da responsabilità per i contenuti trasmessi purché non abbiano avuto un contatto qualificato con essi, mentre la responsabilità dell'*hosting provider* rinviene il suo fondamento nell'ommeso ottemperamento all'ordine impartito dalla Autorità giudiziaria di bloccare l'accesso all'informazione illecita⁸⁶. Il *Conseil Constitutionnel* ha limitato la responsabilità dell'*Internet service provider* che ospiti consapevolmente sui suoi *server* un contenuto illecito, statuendo che il contenuto per essere rimosso dal *provider* deve essere manifestamente illecito o oggetto di un ordine del giudice. Tanto, nella ricerca di un giusto bilanciamento tra repressione e autonomia, che a mio avviso sembra essere la scelta migliore per tentare di districarsi in un settore della vita relazionale così attenzionato e sensibile per l'opinione

Dunque, se oggi, essendo i sistemi di filtraggio insufficienti, il controllo preventivo dei materiali immessi in Rete non è esigibile, non è escluso che l'assolvimento di tale obbligo possa essere preteso domani o, in un prossimo futuro, non si rendano disponibili misure tecniche idonee a ridurre gli effetti dannosi degli illeciti in Rete. In tal caso, sarebbe dovere del *provider* adottare le opportune misure, restando sanzionata a titolo di colpa l'eventuale omissione"

⁸⁴ M. DE CATA, *op.ult.cit.*, p.146, "il più grande pregio della legge 1 agosto 2000 è stato quello di aver disciplinato la materia dell'anonimato in Rete, trascurata, invece, dal legislatore comunitario. Ai sensi della legge del 2000, l'*Internet service provider* ha l'obbligo di registrare gli utenti in Rete e conservare le tracce del loro passaggio mettendole a disposizione dell'autorità giudiziaria qualora siano necessarie allo svolgimento delle indagini per fattispecie penalmente rilevanti. Il *provider* non risponderebbe tanto del danno causato dal fruitore del sito, quanto piuttosto, del danno che esso stessa causa con il proteggere l'anonimato dell'autore dell'illecito e, di conseguenza, con l'impedire di fatto il risarcimento del danno"

⁸⁵ La "legge sull'uso dei teleservizi" tedesca (*Teledienstegesetz*) si configura come uno statuto della responsabilità che ribalta le tecniche codicistiche in materia di responsabilità extracontrattuale; S. SICA - P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p.68, la modalità legislativa utilizzata, infatti, individua le condizioni in presenza delle quali l'*Internet service provider* non viene considerato responsabile piuttosto che condizioni lo individuano responsabile. La responsabilità dell'*Internet service provider* è disciplinata dal *Teledienstegesetz* (TDG) contenuto nell'art. 1 dell'*Information und Kommunikationsdienste Gesetz* (IuKDG). La legge federale entrata in vigore l'1 agosto 1997, la IuKDG, distingue due figure di *provider*: il fornitore di servizi o *service provider*, che va considerato responsabile sia per il materiale illecito da lui creato e messo a disposizione per i propri utenti, sia per il materiale illecito prodotto da altri e messo a disposizione sul suo *server* e il fornitore di un accesso alla Rete o *access provider*, la cui responsabilità viene in rilievo ai sensi del § 5(4), che impone l'obbligo a tutti i prestatori di servizi di bloccare le informazioni laddove a conoscenza dell'illegalità e abbiano le potenzialità di farlo, la conoscenza dell'illiceità può provenire dall'autorità giudiziaria o dalla comunicazione di un soggetto privato, in tal caso il *provider* è tenuto a bloccare l'accesso solo in caso di illegalità palese)

⁸⁶ Con la sentenza n. 433 del 2000 del *Conseil Constitutionnel* è stata limitata la portata della diligenza richiesta al *provider*, il quale, essendo un soggetto privo di funzioni istituzionali ed essendo sprovvisto delle competenze per valutare l'illiceità dei contenuti, sarà considerato responsabile solo qualora non ottemperi alla richiesta dell'Autorità giudiziaria

pubblica⁸⁷. La soluzione europea appare in sostanza equilibrata⁸⁸. Il criterio della diligenza⁸⁹ consente di evitare i gravosi effetti di un'inversione di tendenza dell'onere della prova che si avrebbero utilizzando il modulo della *vicarious liability*. La responsabilità oggettiva mal si attaglia ad un settore, *Internet*, in cui deve essere garantita la libertà di accesso e di funzionamento della rete, senza per questo lasciare impunte condotte connotate da colpa⁹⁰.

⁸⁷ Non sfugge ovviamente l'estrema delicatezza della questione anche sotto il profilo squisitamente pubblicistico: il controllo dell'illiceità dei contenuti da parte degli *Internet Service Providers* rischierebbe di sfociare in un'aperta violazione dell'art. 21 Cost. cfr. A. PACE – M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21 Rapporti civili*, Bologna, 2006, *passim*.

⁸⁸ Per un esame della Direttiva 18 giugno 2000, 31 CE, pubblicata in GUCE, 17 luglio 2000, L. 178/1 si rinvia a G.M. RICCIO, *Profili di responsabilità dell'Internet provider*, Salerno, 2000, pp. 71 ss., 82 ss., 98 ss. Di diverso avviso invece L. BUGIOLACCHI, *op. cit.*, pp. 867 ss., il quale reputa tale soluzione conforme alla “strategia iperliberistica” propria delle riforme liberali.

⁸⁹ Per questi rilievi v. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 10, il quale giudica l'utilizzo della regola di diligenza quale criterio di valutazione della condotta del provider “strumento flessibile ed equilibrato, ben più delle regola di imputazione oggettiva della responsabilità”.

⁹⁰ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno ed interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003, p.160.