Giustizia

Rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V. E. Orlando

02
2022

Hanno contribuito:

G. BASILICO
F. CAPORALE
A. CARRATTA
D. CAVALLINI
S. DALLA BONTÀ
F. MASSA
G. MONTANARI VERGALLO
E. RAFFA
A. ROSSI
L. STAMME
G. TOSCANO
G. VECCHIO

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**

DISCENDO AGITUR
CIAMPI EDITORE ROMA

OPEN ACCESS

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2023
Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL
Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422
Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet https://rivistagiustizia.it

Direttore responsabile: Riccardo Bolognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione
Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma
email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:
EDIZIONI DISCENDO AGITUR®
Bibliografica Giuridica Ciampi
00195 ROMA - Viale Carso, 55 - Tel. 06 8673 1273
web: https://ciampi.com

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

Federico Caporale
L'imprevedibilità del contenzioso amministrativo come problema processuale 5

Antonio Carratta
Class action *europea e rito semplificato: di alcune superabili disarmonie legislative* 23

Fabiola Massa
L'evoluzione della responsabilità degli internet service providers*:*
dalla direttiva e-commerce *al Digital Services Act* 42

Livia Stamme
Il trattenimento amministrativo all'interno dei centri di permanenza per i rimpatri:
i vari punti di contrasto con la disciplina della Carta costituzionale italiana 74

Gianni Toscano
Il nuovo volto del caporalato nell'era delle piattaforme digitali 109

NOTE A SENTENZA

Cass. civ., Sez. un., 5 ottobre 2022, n. 28975 con nota di Giorgetta Basilico 139
Il termine di proposizione dell'appello nel processo sommario di cognizione 146

Corte cost., 15 settembre 2022, n. 205 con nota di Daniela Cavallini 163
Responsabilità civile dei magistrati e risarcimento dei danni non patrimoniali. Una nuova critica
alla l. n. 117/1988: riconosciuta piena tutela ai diritti inviolabili anche con riguardo ai procedimenti
che si fondano sulla vecchia disciplina 178

Cass. civ., Sez. III, 27 settembre 2021, n. 26118 con nota di Gianluca Montanari Vergallo 195
Gli effetti della transazione tra medico e danneggiato sulla responsabilità della struttura sanitaria
e il danno alla salute da rischio latente 218

Cass. civ., Sez. VI, ord. 9 marzo 2022, n. 7724 con nota di Elena Raffa 234
La c.d. «doppia conforme» ed il regime preclusivo derivante dalla omogeneità delle pronunce 235

ABF, Coll. coord., dec. 3 maggio 2022, n. 6888 con nota di Alessandro Rossi 255
Gli effetti dell'ambiguità delle clausole contrattuali relative all'estinzione anticipata nei contratti
di finanziamento: dalla possibile applicazione del calcolo alla francese all'applicazione del criterio
pro rata temporis *per il calcolo della restituzione degli interessi corrispettivi non goduti* 257

Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914 con nota di Gianfrancesco Vecchio 266
Le Sezioni unite della Corte di cassazione individuano i parametri che permettono la restituzione
delle somme indebitamente versate nell'ambito della crisi familiare. Alcune considerazioni critiche
sulla concreta applicabilità degli stessi 277

RECENSIONI

Silvana Dalla Bontà
Recensione a M. Martello, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali,*
Milano, Paoline Editoriale Libri, 2022 293

Articoli e Saggi

Fabiola Massa
(Professore aggregato presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

L'evoluzione della responsabilità degli *Internet service providers*: dalla direttiva *e-commerce* al *Digital Services Act*[*]

Sommario: 1. La definizione giuridica dell'*Internet service provider* quale "prestatore intermediario" della società dell'informazione 2. La perdita del regime di esenzione dalla responsabilità dell'*Internet service provider* 3. La neutralità dell'*Internet service provider* 4. La responsabilità civile dell'*Internet service provider* 5. La responsabilità dei motori di ricerca 6. La nuova responsabilità di una particolare tipologia di ISP: i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* 7. (segue) i controlli imposti ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e la possibile minaccia al diritto alla libertà di espressione e d'informazione 8. La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e l'interferenza con le regole sulla responsabilità dell'*Internet service provider* 9. Prime considerazioni sulle novità in tema di responsabilità degli *Internet service providers* contenute nel *Digital Services Act*

1. La definizione giuridica dell'*Internet service provider* quale "prestatore intermediario" della società dell'informazione

Al termine del secondo millennio ha iniziato a prendere piede la concezione del dominio dell'informazione quale aspetto caratterizzante le moderne economie, specie là dove l'informazione sia resa disponibile tramite la Rete *Internet*, tanto che il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno emanare in un breve lasso di tempo due Direttive, la n. 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. «direttiva sul commercio elettronico» o "direttiva *e-commerce*") e la n. 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.
Questi due provvedimenti rappresentano la prima esperienza di un parallelismo tra la produzione normativa attinente al fenomeno del commercio elettronico e

[*] Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

quella dei diritti di proprietà intellettuale che, come si avrà modo di apprezzare all'interno di questo lavoro, si è rinnovata anche di recente con l'emanazione della Dir. (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e del Reg. (UE) 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (meglio noto come *Digital Services Act*, d'ora in avanti DSA). Anzi si può inferire che proprio la gestione dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere creative in un ambiente dematerializzato, qual è quello di *Internet*, ha costituito il volano perché la normativa sull'*e-commerce* si sviluppasse.

Ecco allora che con la Direttiva 2000/31/CE si è iniziato a delineare lo scenario in cui avvengono i traffici giuridici *online* e soprattutto si sono identificati gli attori di questi traffici. Tra questi emergono in particolare gli *Internet service providers* (ISP), la cui presenza nella Rete è fondamentale non solo per il funzionamento di questa, ma anche per la sua stessa esistenza.

Tuttavia gli ISP non sono tutti eguali, e soprattutto – stanti le loro peculiarità – non si prestano ad essere racchiusi tutti in una definizione univoca. Di qui la scelta operata dalla Direttiva *e-commerce* di non stigmatizzare all'art. 2, riservato alle definizioni, quella degli ISP, preferendo piuttosto parlare genericamente di "prestatori intermediari" della società dell'informazione. Ed effettuare solo in seconda battuta un distinguo, ovverossia isolare all'interno della pletora dei prestatori intermediari le tipologie di questi più rilevanti in virtù della natura del servizio offerto, tale da separare gli operatori di "*mere conduit*", da quelli di *caching* e da quelli di *hosting*[1].

Così, viene ad essere appellato operatore di "*mere conduit*" colui che funge da mero veicolo tecnico, in quanto si limita a fornire agli utenti l'accesso ad *Internet* e a consentire la trasmissione dei dati tra gli stessi utenti (rientrano in genere in questa tipologia tutti gli operatori telefonici). L'operatore di *caching*, invece, lo si ravvisa in colui che si occupa della memorizzazione temporanea dei dati e delle informazioni per renderne più efficace il loro successivo inoltro a tutti i destinatari che ne facciano richiesta (un esempio di questo tipo di operatore può essere rinvenuto nei motori di ricerca). Ed infine, l'operatore di *hosting* viene a coincidere con colui che memorizza durevolmente le informazioni fornite da un destinatario del servizio (si pensi ad esempio alle piattaforme come "WordPress.com" oppure agli operatori come "Aruba").

---

1 Artt. 12-14 Dir. 2000/31/CE.

Questa stessa distinzione è stata ovviamente fatta propria anche dal legislatore italiano, che in occasione del recepimento della Direttiva, avvenuto per mezzo del d.lgs. n. 70/2003, vi ha dedicato gli artt. 14-16 del decreto. La tripartizione degli ISP qui riferita, tutt'ora in vigore, potrebbe però sembrare ormai non più adeguata ai tempi, specie se si pensa alla complessità e alla eterogeneità dei servizi offerti oggi dagli ISP. Tuttavia quando questa è stata codificata, si è dimostrata molto utile per le imprese, specie per quelle di piccole e medie dimensioni, in quanto gli ha consentito di cogliere le opportunità di crescita offerte dal mercato digitale [(2)].
Va detto, inoltre, che la Direttiva non si è limitata a distinguere le tipologie di ISP sopra richiamate, ma è anche intervenuta sui profili di responsabilità di siffatte tipologie e di converso di tutti gli altri ISP[(3)]. Più precisamente, questa ha riservato alle prime un *favor* giuridico, giustificato proprio dall'obiettivo perseguito dalla Direttiva di «costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime»[(4)], considerato necessario per «instaurare un vero e proprio spazio senza fron-

---

[2] A questo proposito, il 2° *considerando* della Dir. 2000/31/CE precisa che «Lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che *Internet* sia accessibile a tutti».

[3] Corre l'obbligo qui di segnalare che prima dell'emanazione della Direttiva *e-commerce*, la giurisprudenza italiana di merito che è stata chiamata a pronunciarsi sugli ISP ha, in alcune occasioni, equiparato la figura di questi a quella dei direttori di testate giornalistiche, altre volte invece ha dubitato persino della loro assimilabilità a cotale figura. Nel primo tipo di pronunce si è finito così per pretendere dagli ISP una condotta capace di non agevolare i comportamenti illeciti degli utenti, e soprattutto si è imposto loro un obbligo di controllo dei contenuti *web* (Trib. Napoli 8 agosto 1996; Trib. Napoli 2 dicembre 1998). Inoltre l'ISP è stato assoggettato ad una responsabilità di tipo oggettivo, *ex* art. 2050 c.c., in quanto la sua attività è stata ritenuta pericolosa, con il conseguente aggravamento dell'onere probatorio posto a suo carico (Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 1259).
Nel secondo tipo di pronunce, invece, si è terminato per negare che l'ISP dovesse essere considerato responsabile dei contenuti pubblicati in rete solo per il fatto di offrire la connessione *web* o uno spazio digitale sul proprio *server* (Trib. Cuneo 23 giugno 1997; Trib. ord. Roma 4 luglio 1998). Infine, non sono mancate neanche un terzo tipo di pronunce, a detta delle quali l'ISP è stato ritenuto solidamente responsabile con l'utente per la condotta dolosa o colposa posta in essere da quest'ultimo, *ex* art. 2043 c.c.. In particolare si è riconosciuta all'ISP una responsabilità di tipo concorsuale nell'illecito *ex* art. 2055 c.c. tutte le volte in cui l'utente abbia realizzato illeciti avvalendosi dell'infrastruttura tecnologica dell'ISP oppure allorché l'ISP non abbia effettuato i necessari controlli e quindi abbia peccato di negligenza *ex* art. 2049 c.c. [J. Liquori, *La responsabilità dell'*Internet service provider, in G. Cassano-B. Tassone (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2022, 281].

[4] *Considerando* n. 40 Dir. 2000/31/CE.

tiere interne per i servizi della società dell'informazione»[5].
Si deve pertanto alla Direttiva *e-commerce* il principio per cui i prestatori intermediari di servizi *online* sono assoggettati alle regole della responsabilità ordinaria[6], salvo quando questi appartengano proprio ad una delle tre figure speciali di operatore sopra citate, nel qual caso non possono considerarsi responsabili per i contenuti che trasmettono, conservano o ospitano purché tengano un atteggiamento di rigorosa neutralità, su cui si avrà modo di ritornare più approfonditamente *infra*.
Al fine poi di incentivare l'ingresso nella Rete di un numero sempre più elevato di operatori di queste tre figure, ritenuti – per i servizi che assicurano – essenziali per il funzionamento stesso del mercato unico digitale, il legislatore si è preoccupato di esentarli inoltre sia da qualsiasi obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, sia da quello di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite condotte dai destinatari dei propri servizi[7].
L'assetto normativo qui riferito ha trovato applicazione per più di venti anni, mostrandosi a volte adeguato alle singole situazioni prospettate dalla realtà, altre volte bisognevole di un supporto affidato all'intervento ermeneutico della giurisprudenza, che ha finito per arricchire a tal punto le regole della responsabilità degli ISP che il legislatore euro-unitario è dovuto necessariamente ritornare sull'argomento, come si avrò modo di riferire oltre. Sicché in questo lavoro si intende dare conto dell'evoluzione occorsa alla disciplina della responsabilità degli ISP, per ricavarne non una mera ricostruzione storica, ma un'analisi dettagliata della sua tenuta rispetto alle diverse sollecitazioni avanzate, da un lato, dal progresso tecnologico e, dall'altro, dalle nuove tecniche di *marketing*.

2. La perdita del regime di esenzione dalla responsabilità dell'*Internet service provider*

Come spesso accade nell'ordinamento giuridico, il legislatore dapprima proclama una regola generale, successivamente vi ritaglia delle eccezioni, per poi subito

5 *Considerando* n. 3 Dir. 2000/31/CE.
6 Ci si riferisce qui precipuamente alla responsabilità per fatto illecito, disciplinata nel nostro ordinamento, all'art. 2043 c.c..
7 V. l'art. 15 Dir. 2000/31/CE e il corrispondente art. 17 d.lgs. n. 70/2003.

dopo stabilire a quali condizioni queste stesse eccezioni vengano meno e torni così a riacquisire vigore la regola generale. Ebbene anche nella materia che qui occupa, si può apprezzare *ictu oculi* un esempio applicativo di questa tecnica legislativa.

L'occasione è propiziata proprio dall'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003, dove è previsto che là dove gli ISP dovessero venire a conoscenza nel corso della propria azione di presunte attività od informazioni illecite riguardanti un destinatario dei propri servizi, essi dovranno prontamente informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa preposta alla vigilanza, pena altrimenti la perdita del regime di esenzione dalla responsabilità per fatto altrui.

Stessa conseguenza è inoltre contemplata per quegli ISP che, pur avendo ricevuto l'ordine da parte delle autorità sopra menzionate di impedire l'accesso al contenuto reso disponibile in Rete da un proprio utente, non vi abbiano provveduto affatto oppure lo abbiano fatto, ma non con sollecitudine.

Stante poi le peculiarità dei danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, quali la rapidità e l'estensione geografica di questi[8], il legislatore comunitario ha lasciato agli Stati membri la libertà di predisporre le misure di tutela più appropriate. Così il nostro legislatore ha previsto, sempre all'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003, che le autorità competenti potranno inoltre richiedere a quegli operatori che si occupino della memorizzazione dei dati la fornitura di tutte le informazioni in loro possesso utili per l'individuazione dell'identità del destinatario dei loro servizi coinvolto nelle presunte attività illecite, così da contribuire non solo all'individuazione di queste, ma anche alla loro prevenzione[9]. Ciò anche perché è essenziale per i servizi della società dell'in-

---

8 *Considerando* n. 52 Dir. 2000/31/CE.

9 Su questo punto preme rilevare che la giurisprudenza ha ormai chiarito da tempo che il legislatore nazionale «ha effettuato la scelta di limitare le deroghe alle norme protettive della riservatezza al caso di illeciti penali, senza estenderla al caso degli illeciti civili» (Trib. Roma, ord., 17 marzo 2008,in *Giur. it.*, 2008,I, 1738). Questa scelta è stata inoltre avallata dalla Corte di giustizia U.E., secondo la quale il diritto comunitario lascia liberi gli Stati membri, all'atto del recepimento della Direttiva 2000/31/CE, di decidere se istituire un obbligo di comunicazione dei dati da parte degli ISP di *mere conduit* anche nel corso di procedimenti civili per la tutela del diritto d'autore (CGUE 29 gennaio 2008, in causa C-275/06, *Promusicae*). Pertanto, la qualificazione del prestatore di servizi quale operatore di *mere conduit*, o di *caching* o di *hosting*, ai sensi degli artt. 14-16 d.lgs. n. 70/2003, è del tutto irrilevante se riferita agli obblighi di cui all'art. 17, co. 2, lett. *a*) dello stesso decreto, ossia a quello di informare tempestivamente le autorità dell'attività illecita, mentre è determinante con riguardo agli obblighi di cui alla successiva lettera *b*) della norma. Qui, infatti, attraverso la richiesta della presenza di un accordo di memorizzazione

formazione che questi siano controllati all'origine dell'attività, nell'interesse non solo dei cittadini dello Stato membro in cui ha giurisdizione l'autorità di controllo competente, ma anche di tutti i cittadini dell'Unione Europea[10].

3. La neutralità dell'*Internet service provider*

Perché gli ISP non siano travolti dalle condotte illecite poste in essere dai loro utenti e realizzate grazie proprio ai servizi offerti sulla Rete dagli stessi ISP, non è sufficiente essere inquadrati in una delle tre categorie qualificate di "prestatore intermediario" della società dell'informazione esplicitate nella direttiva *e-commerce*, ma occorre anche che il proprio operato si limiti ad un apporto prettamente tecnico, automatico e passivo, rispetto alla condotta illecita altrui. In altri termini, l'ISP non deve conoscere né esercitare un controllo delle informazioni da esso trasmesse o memorizzate, e né tantomeno deve modificare tali informazioni. In altri termini l'ISP può al massimo effettuate, nel veicolare le informazioni introdotte nella Rete dai destinatari dei propri servizi, le necessarie manipolazioni di carattere tecnico, non idonee ad alterare l'integrità delle informazioni stesse.
Questa prescrizione, statuita dal *considerando* n. 43 della Direttiva più volte menzionata, ha alimentato una copiosa giurisprudenza sviluppatasi, sia in sede comunitaria che nazionale, in tema di responsabilità dell'ISP. In particolare, essa ha consentito ai giudici di fare chiarezza circa sino a che punto può spingersi l'even-

---

dei dati gli ISP di *mere conduit* sono esclusi «dall'obbligo di rivelare i dati dei propri clienti a fronte di una semplice richiesta della vittima dell'illecito, e non possono neanche essere destinatari, nell'ambito di un procedimento civile o amministrativo, di un ordine di comunicazione dei dati dei propri clienti, poiché non hanno con essi alcun accordo di memorizzazione dei dati, come richiesto dalla norma» (V. Mazza, *L'obbligo degli Internet Service Providers di fornire i dati identificativi dei propri utenti*, in *Riv. dir. ind.*, 6/2020, II, 377). Si ricorda a questo proposito che nel caso del servizio di *mere conduit* oggetto dell'accordo è l'attività di trasmissione, e non quella di memorizzazione, che pure avviene, ma in maniera puramente strumentale alla prima attività.
Là dove l'attività illecita commessa dagli utenti integri gli estremi di un reato, come ad esempio nell'ipotesi di una duplicazione abusiva di un *software* da parte di questi (art. 171 *bis*, co. 1, l. aut.), la dottrina suggerisce, al fine di ottenere a carico dell'ISP di *mere conduit* un ordine di comunicazione degli indirizzi IP identificativi degli autori dell'illecito, di «presentare una denuncia all'autorità giudiziaria penale, così creando il presupposto per l'emanazione da parte del pubblico ministero del decreto previsto dall'art. 132 codice *privacy*» (P. Testa, *Il parere del professionista. Responsabilità dei providers*, in *Dir. Ind.*, 5/2020, 499).

10 Così il *considerando* n. 22 della Dir. 2000/31/CE.

tuale intervento tecnico dell'ISP senza che questo si traduca in una cooperazione colposa con il destinatario dei servizi.

Sicché è ormai pacifico che si deve valutare "caso per caso" la posizione assunta dal *provider* nella specifica situazione concreta e soprattutto si deve accertare se il *provider*, ancorché non intervenga sulla sostanza delle informazioni rese disponibili dai terzi, di fatto offra a questi ed alla collettività degli internauti un'organizzazione delle informazioni e dei *tools* che consentano la «classificazione, indicizzazione, aggregazione, valutazione, promozione, ecc… dei contenuti, sia pure al solo fine di favorire la diffusione dei contenuti pubblicitari o orientare le scelte dell'utente»[(11)]. Di guisa che, secondo questa giurisprudenza, il *provider* perde la qualità di soggetto neutro e passivo tutte le volte in cui sia riscontrata la presenza (anche solo parziale) di c.d. indici di interferenza, ovverosia il *provider* abbia messo a punto un servizio articolato in grado di «completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati»[(12)]. Non è pertanto dirimente tanto il fatto che l'ISP non conosca le informazioni che albergano nel proprio sito Internet o sulla propria piattaforma, od ancora quelle che circolino nella Rete grazie all'infrastruttura tecnologica da questo gestita, quanto il fatto che l'ISP offra un servizio o dei servizi per cui le informazioni sono organizzate in modo tale da esorbitare la mera ricezione e stoccaggio delle informazioni. Il vaglio del giudice nell'accertamento della «natura attiva o passiva del *provider* non deve investire tanto il soggetto giuridico in quanto tale […] quanto la specifica attività»[(13)] da questo effettivamente realizzata nel caso concreto. Di modo che se questo ha preventivamente e preordinatamente architettato «una complessa e sofisticata organizzazione di sfruttamento dei contenuti immessi in rete»[(14)], composta da un'attività di indicizzazione e catalogazione dei contenuti, dalla presenza di un motore di ricerca interno che agevoli l'individuazione

---

11 Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in cui la S.C. teorizza, nel solco dell'orientamento già tracciato dalla giurisprudenza comunitaria sul punto, la figura atipica dell'"*hosting provider* attivo", inteso come una sorta di mutazione ontologica del prestatore intermediario dei servizi di *Internet* delineato nella direttiva *e-commerce*. Tra i precedenti più conferenti della Corte di giustizia U.E. si possono menzionare invece: CGUE, 23 marzo 2010, causa da C-236/08 a C-238/08, punti 112, 113, 114 e 120; CGUE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, punti 112, 113, 116 e 123; CGUE, 11 settembre 2014, causa C-291/13, specie pagina 44; CGUE, 7 agosto 2018, causa C-521/17, punti 47 e 48.

12 Cass. civ., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

13 Trib. Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2019, n. 14757.

14 Trib. Roma, Sez. IX, 27 aprile 2016, n. 8437.

dei contenuti e dal percepimento di introiti pubblicitari proporzionati all'intensità dell'utilizzo dei contenuti, non potrà sostenersi in alcun modo che il suo apporto sia prettamente neutro e di mero ausilio tecnico, quanto piuttosto il frutto di una gestione attiva.

4. La responsabilità civile dell'*Internet service provider*

L'eterogeneità dei servizi che potenzialmente un ISP può offrire comporta inevitabilmente la necessità di operare un distinguo dal punto di vista della responsabilità a cui questo può essere esposto. Tra questi servizi, quelli offerti da un particolare tipo di *Internet service provider*, qual è il *content provider*[15], meritano qui una speciale attenzione. Si tratta in altre parole dell'elaborazione di contenuti e della loro collocazione in Rete, il che rende il *content provider* assimilabile ad un vero e proprio editore. Cosicché trovano applicazione nei riguardi di questa particolare categoria di ISP le tradizionali regole della responsabilità per fatto proprio. Spetta infatti al *content provider* controllare e verificare ogni profilo di lesività dei contenuti prima ancora di procedere alla loro pubblicazione in Internet[16].
Di converso, tutti gli altri ISP – diversi dai *content providers* – non producendo essi stessi i beni o i contenuti da questi resi semplicemente disponibili sulla Rete, possono essere chiamati a rispondere solamente per fatto altrui o per omessa vigilanza sulla condotta degli utenti[17].
Indugiando un attimo su questa seconda tipologia di *Internet service providers*, si può affermare che questi non solo rischiano di dover risarcire i danni patiti dai terzi, ma possono essere anche destinatari di provvedimenti inibitori tutte le volte in cui i servizi da essi prestati siano stati impiegati dagli utenti per commettere delle violazioni, specie quelle contro il diritto d'autore o i diritti connessi. La loro legittimazione passiva in un procedimento d'urgenza volto ad ottenere l'inibitoria cautelare è sorretta dal combinato disposto di ben tre direttive, quella sull'*e-com-*

---

15 Il *content provider* può essere considerato come quel *provider* che si occupa della creazione e della diffusione di tutti i contenuti per il *web*, dai siti alle *newsletter*, dai *social network* ai canali YouTube®.

16 V., in giurisprudenza, Trib. Catania, 29 giugno 2004, n. 2286, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 431 e Trib. Mantova, 24 novembre 2009, n. 1225, in *Giur. comm.*, 2011, 5, II, 1196 ss., con nota di N. De Luca-E. Tucci, mentre sulla responsabilità dell'editore v., *ex multis*, App. Milano, 19 marzo 2010, in *AIDA*, 2011, 703.

17 M. De Cata, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, Milano, 2010, 75.

merce, la Dir. 2001/29/CE e la Dir. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, c.d. direttiva *enforcement*[18][19]. Del resto «è consolidata l'opinione secondo cui l'inibitoria in questione possa essere applicata a tutti i soggetti che concorrono nello svolgimento dell'attività illecita, inclusi gli intermediari che prestano i servizi attraverso i quali l'attività in violazione viene realizzata, a prescindere dall'elemento soggettivo di questi ultimi ed anche dalla loro conoscenza della violazione»[20].

Va da sé che l'obiettivo perseguito dall'azione inibitoria sia quello di prevenire una violazione imminente del diritto o di interdirne la prosecuzione, ragion per cui questa può essere intrapresa nei confronti degli ISP anche là dove questi non siano tenuti ad alcun risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti lesi[21].

Dal punto di vista pratico, poi, il fatto che l'art. 156 l. autore, novellato dalla Direttiva *enforcement*, facesse e faccia tuttora salve le disposizioni del d.lgs. n. 70/2003, ha creato non pochi problemi interpretativi, specie inizialmente.

Problemi acuiti ancor più dall'introduzione, in sede di recepimento della direttiva *e-commerce*, rispettivamente all'art. 16, co. 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 70/2003, dell'inciso "su comunicazione delle autorità competenti", ignoto alla direttiva, e all'art. 17 dello stesso decreto di un intero terzo comma, anch'esso non presente nella direttiva, in cui si prevede una reazione dell'ISP su richiesta di nuovo dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzione di vigilanza. Di qui il dubbio se un'eventuale diffida del titolare dei diritti all'ISP, e non dunque un provvedimento delle autorità, possa essere sufficiente per obbligare l'ISP a rimuovere i contenuti

---

18 A.M. Rovati, *La responsabilità civile degli ISP*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto di autore*, Torino, 2014, 84.

19 La direttiva *enforcement* è stata recepita in Italia per mezzo del d.lgs. n. 140/2006 che a sua volta ha novellato l'art. 156 della l. 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. autore). Tale articolo ha assunto così l'attuale tenore letterale, qui di seguito riportato: «1. Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento; 2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70; 3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile».

20 S. Lavagnini, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Direttiva (UE) 2019/790 e d.lgs. n.177/2021 di recepimento*, Torino, 2022, 212.

21 CGUE, 12 luglio 2011, nella causa C-324/09, *L'Oreal c. Ebay*.

illeciti indicati nella diffida.
Stando all'enunciato delle norme del d.lgs. n. 70/2003, si sarebbe portati a negare alla diffida una tale capacità, ritenendo piuttosto che con il ricevimento della diffida l'ISP debba considerarsi semplicemente edotto dei fatti e debba quindi solo riferirli a sua volta alle autorità competenti e non invece mobilitarsi per rimuovere i contenuti illeciti, pena altrimenti il risarcimento dei danni in caso di inerzia. Se non fosse che proprio la Corte di cassazione[22] è intervenuta sul punto ed ha chiarito che deve riconoscersi un'«equivalenza fra l'autotutela (diffida del titolare dei diritti) e l'eterotutela (ordine dell'autorità competente)», in quanto «i rimedi sopra citati, di autotutela mediante diffida, e di eterotutela mediante ottenimento di un ordine di rimozione giurisdizionale o amministrativo, si pongono quali strumenti equivalenti e alternativi per chi si senta leso nei propri diritti»[23], quanto meno nei confronti degli *hosting providers*.
In linea con questo orientamento giurisprudenziale si pone inoltre anche la Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione del 1° marzo 2018 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *online*, secondo la quale «i meccanismi per presentare ai prestatori di servizi di *hosting* segnalazioni relative ai contenuti considerati illegali […] dovrebbero agevolare le segnalazioni da parte di tutte le persone e di tutti i soggetti che desiderano farlo e dovrebbero pertanto essere di facile accesso e uso per tutti gli utenti. I prestatori di servizi di *hosting* dovrebbero tuttavia rimanere flessibili, ad esempio per quanto concerne il formato delle segnalazioni o la tecnologia da utilizzare, al fine di consentire soluzioni efficaci ed evitare di sobbarcarsi di oneri sproporzionati. In conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, le segnalazioni dovrebbero essere adeguatamente motivate e sufficientemente precise da consentire al prestatore di servizi di *hosting* che le riceve di prendere una decisione coscienziosa e informata quanto al seguito da dare a tali segnalazioni»[24].
Tutto questo comporta per i titolari dei diritti, specie di quelli d'autore o connessi, la facoltà di poter ricorrere alla semplice diffida per imporre all'*hosting provider* l'obbligo di eliminare dal proprio sito *web* non solo i contenuti illeciti elencati

22 Cass. civ., Sez. I, del 19 marzo 2019, n. 7708.
23 S. Lavagnini, *op. cit.*, 225.
24 V. i *considerando* nn. 16 e 17 della Raccomandazione (UE) 2018/334, nonché le disposizioni del Capo II.

nella lettera di diffida[25], ma anche quelli dello stesso tipo ancorché non elencati. In altre parole, al titolare dei diritti sarà sufficiente indicare nel testo della diffida le opere di cui egli detenga i diritti e gli elementi che gli fanno ritenere che tali opere siano sulla piattaforma del *provider* senza una sua autorizzazione o previsione legale[26], dopodiché spetterà all'*hosting provider* attivarsi per identificare tutti i contenuti da rimuovere, e soprattutto – una volta che questi siano stati rimossi – vigilare affinché non siano nuovamente ricaricati.
Si suole parlare in questo caso di ordine di «*stay down*» impartito all'*hosting provider* per mezzo della diffida, proprio a distinguerlo da quello di «*take down*» in cui l'*hosting provider* deve solo procedere alla eliminazione dei contenuti segnalati[27]. L'assegnazione all'*hosting provider* del ruolo di cacciatore dei contenuti

---

25 In giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Roma, Sez. IX, 27 aprile 2016, n. 8437, in *Dir. Ind.*, 2016, 460, con nota di G. Cassano, *Sulla responsabilità del* provider *per la diffusione abusiva in rete di opere audiovisive)*, ove il tribunale si interroga circa la necessità che nella diffida siano specificati tutti gli URL (*Uniform Resource Locator*) riconducibili ai materiali illeciti e giunge ad affermare che «il riferimento deve essere soltanto 'l'effettiva conoscenza' dei contenuti illeciti per la quale non può in alcun modo ritenersi indispensabile l'indicazione degli URL essendo sufficiente un'indicazione specifica dei *files* illeciti (video, programmi etc.) tramite diffida o altro mezzo».

26 Secondo la Cass. civ., Sez. I, del 19 marzo 2019, n. 7708: «Nel caso della responsabilità del prestatore dei servizi della società dell'informazione, dunque, con riguardo all'interpretazione ed applicazione del d.lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. *a*), la conoscenza dell'altrui illecito, quale elemento costitutivo della responsabilità del prestatore stesso, coincide con l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assuma leso». «L'onere della prova a carico del mittente riguarda, in tale contesto, solo l'avvenuto recapito all'indirizzo del destinatario, posto che il pervenire a tale indirizzo della comunicazione in forma scritta opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo dell'atto nel luogo indicato».

27 L'ordine di *take down* trae origine dall'esperienza statunitense ed in particolare dal procedimento noto come "*notice and take down*" (N&TD) previsto dalla sezione 512 del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998, in cui sono descritti i tempi, i modi e le possibilità di opporsi alla rimozione dei materiali protetti dal diritto di autore presenti in Internet, ma senza l'autorizzazione del titolare. Il procedimento di N&TD prevede la possibilità da parte degli internauti di segnalare all'intermediario (i.e. l'*hosting provider*), per mezzo di una diffida, i contenuti illeciti che si pretende siano eliminati dalla sua piattaforma o sito, e dei quali si forniscono non solo l'esatta collocazione, ma anche le ragioni di tale pretesa. All'utente che ha provveduto al caricamento dei contenuti in *Internet* è data però la possibilità di adottare una contro-diffida, così da paralizzare l'iniziativa intrapresa dal titolare dei diritti di autore. Si genera in questo modo una sorta di "dialogo triangolare", così è stato definito da M. Orofino, *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in F. Pizzetti (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete: il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 135, al termine del quale la parte che dovesse ancora ritenersi lesa potrà sempre deferire la questione alle opportune sedi giudiziarie. Va detto, infine, che questo procedimento ha sollevato molte critiche in dottrina, di cui dà ampio conto M.L. Montagnani, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*,

illegali presenti sulla propria piattaforma risponde a due ordini di motivi: il primo di natura prettamente economica, in quanto l'ISP normalmente dispone di maggiori risorse e strumenti rispetto a quelli che potrebbe vantare il titolare dei diritti; il secondo di natura tecnologica, in quanto solo l'ISP può dotarsi di misure volte a filtrare i contenuti che man mano vengono caricati sulla propria piattaforma, così da impedire l'*upload* di quelli già rimossi o di altri analoghi.
Si tratta in altre parole di un obbligo di sorveglianza specifica per l'ISP, che in quanto non generale, si ritiene compatibile con il divieto previsto dagli artt. 15, § 1, della direttiva *e-commerce* e 17, co. 1, d.lgs. n. 70/2003.
Venendo invece ai *caching providers* deve registrarsi una posizione della S.C. del tutto antitetica a quella qui illustrata per gli *hosting providers* ed espressa in occasione del ricorso presentato da Reti Televisive Italiane (RTI) s.p.a. avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 11295/2014 nella causa contro Yahoo Italia s.r.l.[(28)]. Qui la Corte di Cassazione nel delibare sul motore di ricerca Yahoo Italia Search vi ha rinvenuto la figura neutra tracciata dal legislatore comunitario nella direttiva *e-commerce*, malgrado la presenza di attività di *embedding* con cui il motore di ricerca consentiva di visionare brani audiovisivi restando fisicamente connessi al portale Yahoo oppure quella di *preview* con cui il motore di ricerca permetteva di vedere in anteprima piccole porzioni dei contenuti così identificati. Non rinvenendo pertanto nel *caching provider* alcun profilo di corresponsabilità attiva rispetto alla messa a disposizione del pubblico di materiale tutelato dai diritti di proprietà intellettuale di RTI s.p.a., i giudici hanno stabilito che «al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching* la legge non richiede che, sol perché reso edotto di specifici contenuti illeciti con una diffida extragiudiziale o perché proponga una domanda giudiziale al riguardo, spontaneamente li rimuova». Per cui l'unica incombenza che si può pretendere in questo caso dal *caching provider* è quella di dover informare le competenti autorità, cosa che Yahoo aveva fatto trasmettendo la diffida del titolare dei diritti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano.

Milano, 2018, 115-116, e tuttavia è stato assunto a modello da molti Stati membri.

28 Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7709.

5. La responsabilità dei motori di ricerca

La Rete è il luogo virtuale in cui trovano sistemazione miliardi di informazioni e dati, allocati a volte solo momentaneamente, altre volte permanentemente, la cui stessa identificazione è resa possibile grazie ai cosiddetti motori di ricerca. Questi sono una particolare tipologia di intermediari operante in Internet capace di indicizzare – per mezzo di appositi algoritmi – le informazioni ivi presenti, così da poterle scandagliare tutte le volte in cui un utente voglia fare una ricerca e restituire a quest'ultimo l'elenco dei siti in cui sono contenute le informazioni più pertinenti i criteri di ricerca adottati. Pertanto più Internet si espande, più non si potrà fare a meno dei motori di ricerca.
E più l'economia digitale sopravanza quella reale, quantomeno in termini di fatturato, più vi è il rischio che siano commessi i cosiddetti "sinistri di Internet". Si tratta in altre parole di illeciti telematici che la dottrina ha enucleato in tre diverse tipologie: 1) gli illeciti di Internet; 2) gli illeciti contro Internet; 3) e gli illeciti per mezzo di Internet[29].
La crescente importanza assunta dai motori di ricerca nel corso del tempo non è stata però accompagnata da un diritto in grado di tenervi il passo e di elaborare delle regole specifiche per questi c.d. "Guardiani della Rete"[30]. Così la giurisprudenza ha dovuto colmare, a più riprese, le lacune lasciate dal legislatore, e lo ha fatto perlopiù ricorrendo in via analogica ai princìpi basilari della sezione 4 della direttiva *e-commerce*, secondo cui, «laddove il gestore del motore di ricerca si limiti a svolgere la propria prestazione in maniera tecnica (ossia da semplice intermediario), senza interferire con le informazioni diffuse, esso non può essere considerato responsabile in sede civile»[31].
In particolare i giudici si sono dovuti districare tra il groviglio di norme che presiedono alla tutela dei molteplici interessi in gioco, spesso confliggenti tra loro, quali, da un lato, quello diretto del motore di ricerca a perseguire il massimo profitto (giuridicamente tutelato dalla libertà di iniziativa economica di cui agli

---

29 Per questa catalogazione degli illeciti si v., S. Magni-M.S. Spolidoro, *La responsabilità degli operatori in* Internet*: profili interni ed internazionali*, in *Dir. inform.*, 1, 1997, 61 ss., a cui si rimanda anche per gli opportuni approfondimenti.

30 Così definisce i motori di ricerca, D. Bianchi, *Danno e* Internet*. Persona, impresa, pubblica amministrazione*, Milano, 2013, 19.

31 G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli* internet providers, Torino, 2002, 221.

artt. 41 Cost. e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.) e quello indiretto – e più generale – vantato dalla collettività all'accesso all'informazione (tutelato dall'art. 11 della Carta di Nizza) e, dall'altro, quello del singolo individuo alla protezione della propria sfera privata (garantito dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.) o quello del titolare dei diritti di proprietà intellettuale a poter sfruttare in esclusiva i propri segni distintivi, le proprie opere creative od industriali (tutelato dalla Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, dalla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche e dall'art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.).
Nel caso "Google c. Louis Vuitton"[32] ad esempio la Corte di giustizia dell'U.E. ha dovuto affrontare diverse questioni pregiudiziali, tra cui quella relativa al servizio di posizionamento a pagamento denominato «AdWords» offerto dal motore di ricerca di Google. Si tratta, in particolare, del servizio che consente a qualsiasi operatore economico di far apparire un *link* pubblicitario verso il proprio sito tutte le volte in cui nel motore di ricerca sia effettuata un'interrogazione contenente una o più parole chiave da esso prescelte. Tale *link* pubblicitario appare nella rubrica «*link* sponsorizzati», posta di norma o sul lato destro dello schermo, accanto ai risultati naturali prodotti dall'interrogazione del motore di ricerca, o nella parte superiore dello schermo, e quindi al di sopra dei risultati naturali.
Questo servizio comporta per l'operatore economico che intende fruirne un costo calcolato in funzione del «prezzo massimo per *click*» che, al momento della conclusione del contratto di servizio di posizionamento con Google, l'inserzionista ha dichiarato di essere disposto a pagare, nonché del numero di *click* effettuati di fatto sul *link* pubblicitario da parte degli utenti di Internet. Per potervi ricorrere l'operatore deve semplicemente interfacciarsi con un sistema automatizzato messo a punto da Google che gli consente di selezionare le parole chiave desiderate, creare il conseguente messaggio pubblicitario ed inserire il *link* al proprio sito. La Corte ha proceduto nel suo ragionamento, dapprima riconducendo il servizio di posizionamento a pagamento nell'alveo dei servizi della società dell'informazione, così da poter applicare la direttiva *e-commerce*, ed in seconda battuta statuendo che «la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento,

---

[32] Cause riunione C-236/08 e C-238/08 – *Google France SARL e Google Inc. contro Louis Vuitton Malletiers SA* (C-236/08) e *Google France SARL contro Viaticum SA e Luteciel SARL* (C-237/08) e *Google France SARL contro Centre national de recherche en relation humains* (CNRRH) *SARL e altri* (C-238/08).

che la Google stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la Google delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31. Del pari, il fatto che la parola chiave selezionata e il termine di ricerca inserito da un utente di Internet coincidano non è di per sé sufficiente a ritenere che la Google conosca o controlli i dati inseriti dagli inserzionisti nel suo sistema e memorizzati sul suo *server*». Di conseguenza, spetta al giudice nazionale accertare nel caso concreto se il ruolo svolto dal prestatore nell'erogare un servizio, quale quello di posizionamento a pagamento, sia esclusivamente e «meramente tecnico, automatico e passivo», nel senso che questo prestatore «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate», o se diversamente sia da considerarsi attivo. Nel primo caso il prestatore potrà beneficiare del *safe harbour* previsto dall'art. 14 della dir. 2000/31/CE, nel secondo invece dovrà soggiacere alle regole della responsabilità extra-contrattuale.

Un altro precedente giurisprudenziale che ha avuto ad oggetto la responsabilità dei motori di ricerca è rinvenibile nel caso "Google Spain"[33], in cui un cittadino spagnolo ha citato in giudizio Google Spain ai sensi della normativa sulla *privacy*. Più precisamente, il ricorrente si lamentava del fatto che Google Spain non avesse eliminato dalla lista dei risultati derivanti dall'inserimento del suo nome nel motore di ricerca – in spregio alla sua richiesta – il rimando a due articoli di giornale in cui si riferiva del pignoramento degli immobili da questo subito molti anni addietro per dei debiti previdenziali. Cosicché la Corte di giustizia U.E. si è dovuta soffermare sulla questione circa «quali obblighi incombano ai gestori di motori di ricerca per la tutela dei dati personali delle persone interessate, le quali non desiderino che alcune informazioni, pubblicate sui siti *web* di terzi e contenenti loro dati personali che consentono di collegare ad esse dette informazioni, vengano localizzate, indicizzate e messe a disposizione degli utenti di Internet in modo indefinito».

In primo luogo i giudici di Lussemburgo hanno accertato che «esplorando Internet in modo automatizzato, costante e sistematico alla ricerca delle informazioni ivi pubblicate, il gestore di un motore di ricerca 'raccoglie' dati siffatti, che egli 'estrae', 'registra' e 'organizza' successivamente nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, 'conserva' nei suoi *server* e, eventualmente, 'comunica' e 'met-

[33] Causa C-131/12, CGUE, sent. della Grande Sezione, del 13 maggio 2014.

te a disposizione' dei propri utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche». Sicché non v'è dubbio che questo tipo di attività costituisca un "trattamento" ai sensi della normativa sulla *privacy*. E questa constatazione non può essere sovvertita, ad opinione della Corte, neppure dal fatto che tali dati abbiano già costituito l'oggetto di una pubblicazione su Internet e non siano modificati dal motore di ricerca.

Da questo primo assunto ne deriva che essendo il gestore del motore di ricerca colui che determina le finalità e gli strumenti di tale attività, è sempre lui che deve essere considerato il «titolare» del trattamento di cui sopra. Il fatto poi che questo non eserciti alcun controllo sui dati personali pubblicati sulle pagine *web* di terzi è del tutto irrilevante.

Nemmeno, «la circostanza che gli editori di siti *web* abbiano la facoltà di indicare ai gestori di motori di ricerca, con l'aiuto segnatamente di protocolli di esclusione come 'robot.txt' o di codici come 'noindex' o 'noarchive', il loro desiderio che una determinata informazione, pubblicata sul loro sito, venga esclusa in tutto o in parte dagli indici automatici di detti motori di ricerca», può liberare il gestore di un motore di ricerca dalla responsabilità per il trattamento dei dati personali, e ciò anche quando gli editori non abbiano fornito una tale indicazione.

Vista poi la diffusione globale che un motore di ricerca può assicurare alle informazioni, rendendo possibile l'individuazione e la lettura di pagine *web* il cui contenuto non sarebbe stato altrimenti visionato dagli utenti autonomamente, per la Corte il gestore del motore di ricerca ha l'obbligo di «sopprimere dall'elenco dei risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, i *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine *web* sia di per sé lecita».

Tuttavia, poiché la soppressione di *link* dall'elenco dei risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso ad essa, occorre ricercare sempre un giusto equilibrio tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona contemplati dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nella ricerca di questo bilanciamento poi, un peso rilevante può giocarlo la natura dell'informazione di cui trattasi ed il suo carattere sensibile per

la vita privata della persona suddetta, nonché l'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo rivestito da tale persona nella vita pubblica.

Al fine dunque di garantire alle persone una tutela efficace e completa del diritto al rispetto della loro vita privata, deve concludersi che il gestore di un motore di ricerca non è immune dalla presunzione di colpevolezza prevista dalla normativa sulla *privacy*, e pertanto spetta ad esso l'onere di dover provare in giudizio di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno alle persone. Va ricordato, infatti, che in tema di *privacy* vige un regime di responsabilità aggravata, oggi sancito dall'art. 82 del Reg. UE 2016/679 (c.d. GDPR), ed un tempo rinvenibile nell'art. 15 del d.lgs. n. 196/2003, in cui si recitava che «Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile". In altri termini, in virtù del principio generale di *Accountability*[34] su cui si fonda l'attuale normativa della *privacy*, il gestore del motore di ricerca ha l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il pregiudizio sofferto dal terzo, mentre dal canto suo quest'ultimo deve «dimostrare la concreta sussistenza di un pregiudizio subito come diretta violazione delle disposizioni prescritte dal legislatore, sul pacifico assunto che 'il danno non patrimoniale risarcibile […] non si sottrae alla verifica della 'gravità della lesione' e della 'serietà del danno' […] sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni […] ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata»[35].

L'inversione dell'onere della prova a carico dei gestori dei motori di ricerca sarà inoltre applicabile, secondo la Corte, anche a quelli che pur risiedendo fuori del territorio dell'U.E. abbiano però di fatto uno stabilimento in uno Stato membro in cui avvenga la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti dal motore di ricerca, che a loro volta servono tra l'altro a rendere redditizio il servizio of-

---

34 Il regolamento GDPR pone con forza l'accento sulla "responsabilizzazione" (detta per l'appunto *accountability* nell'accezione inglese) dei titolari e dei responsabili della gestione dei dati personali, ossia affida a questi il compito di decidere autonomamente le modalità, le garanzie e i limiti del trattamento dei dati personali, purché siano rispettate le disposizioni normative e alcuni criteri specifici indicati nel regolamento medesimo. In altre parole si lascia a siffatti soggetti la libertà di adottare comportamenti proattivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del regolamento (si vedano a questo proposito gli artt. 23-25 del regolamento GDPR ed in particolare l'intero Capo IV).

35 Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3311.

ferto dal motore di ricerca. Siffatta applicazione nei confronti di persone fisiche o giuridiche residenti fuori dei confini europei è ai giorni nostri ormai pacifica, grazie proprio al regolamento GDPR che, ai commi 101 e 114, prevede l'obbligo per i titolari del trattamento e per i responsabili di questo, collocati fuori dell'Unione Europea, di assicurare comunque il rispetto delle prescrizioni in esso contenute, e di fare in modo che i soggetti interessati possano in ogni caso esercitare i propri diritti suoi propri dati personali all'interno dell'Unione Europea[36].

Va detto, infine, che la Corte di giustizia U.E. ha avuto modo di precisare ulteriormente, in un'altra causa[37], i limiti territoriali entro i quali si può pretendere la deindicizzazione dei propri dati personali da un motore di ricerca, in ossequio al proprio diritto all'oblio. Pervenendo alla conclusione secondo cui la deindicizzazione può essere imposta al gestore del motore di ricerca non su scala mondiale, ma solo per le versioni geografiche del motore collocate all'interno degli Stati membri, ciò in quanto «il diritto dell'Unione non prevede attualmente strumenti e meccanismi di cooperazione siffatti per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione al di fuori dell'Unione»[38].

Giova qui segnalare, inoltre, che la Corte di cassazione ha preferito invece distan-

---

36 Il *considerando* n. 101 declama che «I flussi di dati personali verso e da paesi al di fuori dell'Unione e organizzazioni internazionali sono necessari per l'espansione del commercio internazionale e della cooperazione internazionale. L'aumento di tali flussi ha posto nuove sfide e problemi riguardanti la protezione dei dati personali. È opportuno però che, quando i dati personali sono trasferiti dall'Unione a titolari del trattamento e responsabili del trattamento o altri destinatari in paesi terzi o a organizzazioni internazionali, il livello di tutela delle persone fisiche assicurato nell'Unione dal presente regolamento non sia compromesso, anche nei casi di trasferimenti successivi dei dati personali dal paese terzo o dall'organizzazione internazionale verso titolari del trattamento e responsabili del trattamento nello stesso o in un altro paese terzo o presso un'altra organizzazione internazionale. In ogni caso, *i trasferimenti verso paesi terzi e organizzazioni internazionali potrebbero essere effettuati soltanto nel pieno rispetto del presente regolamento* (*corsivo aggiunto*). Il trasferimento potrebbe aver luogo soltanto se, fatte salve le altre disposizioni del presente regolamento, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento rispetta le condizioni stabilite dalle disposizioni del presente regolamento in relazione al trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali», mentre il n. 114 statuisce che «In ogni caso, se la Commissione non ha adottato alcuna decisione circa il livello adeguato di protezione dei dati di un paese terzo, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento dovrebbe ricorrere a soluzioni che diano all'interessato diritti effettivi e azionabili in relazione al trattamento dei suoi dati personali nell'Unione, dopo il trasferimento, così da continuare a beneficiare dei diritti fondamentali e delle garanzie».

37 Cfr. CGUE, sent. 24 settembre 2019, causa C-507/17 (*Google Inc. contro Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

38 Cfr. CGUE, sent. 24 settembre 2019, causa C-507/17, § 63.

ziarsi dalla ricostruzione avanzata dalla Corte di giustizia U.E. nel caso "Google Spain", stabilendo che «la messa a disposizione da parte del motore di ricerca di una piattaforma che consente agli utenti di caricare liberamente contenuti multimediali non integra gli estremi di un trattamento di dati personali, poiché il motore di ricerca, alla stregua di un *hosting provider*, non avendo conoscenza dei contenuti pubblicati dagli utenti, risulta 'privo' […] della capacità di incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi»[39]. Per cui per la S.C., nel caso *de quo*, la responsabilità da illecito trattamento dei dati personali è attribuibile unicamente ai singoli utenti che inseriscono nella piattaforma i relativi dati, almeno fintantoché il *provider* non sia posto a conoscenza del dato specifico, nel qual caso diventa anch'egli contitolare del trattamento e passibile di responsabilità là dove non si attivi per l'immediata rimozione del dato o non lo renda inaccessibile.

6. La nuova responsabilità di una particolare tipologia di ISP: i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*

Tra gli ambiti in cui il commercio elettronico è particolarmente redditizio vi è senz'altro quello della commercializzazione dei c.d. beni immateriali, e più precisamente delle opere tutelate dal diritto di autore o dai diritti a questo connessi. Esso è anche l'ambito in cui, più che altrove, si assiste ad un marcato "*Value Gap*", ossia ad un'ampia forbice tra il valore incamerato dagli ISP che provvedono alla diffusione in Internet delle opere o dei materiali tutelati e quello che effettivamente viene intascato da chi vanta i diritti di esclusiva su tali opere o materiali.
Questo *gap* sembra doversi ricondurre proprio alla massiccia presenza nella Rete di un particolare tipo di ISP, i cosiddetti "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*". Quest'ultimi si caratterizzano per la fornitura di una piattaforma o di altra struttura tecnologica similare in cui gli utenti possono caricare, senza alcun controllo o preventiva autorizzazione da parte del prestatore stesso, dei contenuti detti all'uopo "*user-generated content*" o "*user-uploaded content*". Una volta caricati, questi contenuti possono essere consultati e riprodotti in *streaming* da chiunque, sia per mezzo di *personal computer* che di qualsiasi altro *device*, il

[39] A. Alù, *La responsabilità dei motori di ricerca: quale regime applicabile?*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2021, 356-357.

più delle volte – tra l'altro – gratuitamente.
Dato che questi prestatori ricavano il loro maggior guadagno dalla pubblicità che ospitano, è giocoforza che il loro principale interesse sia quello di accogliere sulla propria piattaforma il numero più ampio possibile di contenuti, così da attrarre il maggior numero di visitatori. Ciò fa sì che una gigantesca quantità di contenuti sia messa a disposizione del pubblico, e tra questi una quota ingente è spesso rappresentata da opere o materiali protetti. Sicché il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di integrare le norme della direttiva *e-commerce*, rivelatesi per questa particolare categoria di ISP alquanto inefficaci, emanando la Dir. (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale[40], il cui art. 17 è appositamente dedicato ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* [d'ora in avanti OCSSP[41]]. Tale Direttiva è stata recepita dal nostro ordinamento per mezzo del d.lgs. n. 177/2021, con cui si è provveduto ad innestare le nuove norme all'interno della legge n. 633/1941 (l. autore). In particolare, e per quanto qui d'interesse, il dettato dell'art. 17 della Direttiva è divenuto il Titolo II-*quater* della l. autore, composto dagli articoli dal 102-*sexies* al 102-*decies*.
Tra le novità più significative recate dall'intervento normativo qui menzionato, deve segnalarsi il riconoscimento, nell'accesso garantito dagli OCSSP alle opere protette dal diritto di autore o ad altri materiali comunque protetti e caricati dai propri utenti, di un "atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico". Di guisa che è fatto obbligo a questi prestatori di premunirsi di un'apposita autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, la quale deve compren-

---

[40] Il *considerando* n. 4 della Dir. (UE) 2019/790 sottolinea che essa si basa, integrandole, sulle norme di una serie di altre direttive in vigore e tra queste è ricompresa anche la Dir. 2000/31/CE; mentre l'art. 1, § 2, afferma che questa non modifica e non pregiudica le norme stabilite da talune direttive tra cui quelle della Dir. 2000/31/CE.

[41] Il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* è definito dall'art. 2, n. 6, della Direttiva *Copyright* come il «prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro», ed in questa sede sarà spesso indicato per brevità con l'acronimo dell'espressione inglese *Online Content Sharing Service Provider* (OCSSP) maggiormente impiegata in ambiente digitale. Parte della dottrina (S. Grisanti, Internet Service Providers*: una rassegna giurisprudenziale europea ed italiana ai tempi del Covid-19*, in *Dir. Ind.*, 5/2020, 492) ha sottolineato, a proposito di questa definizione, come essa sia tutta incentrata sugli elementi soggettivi di questo tipo di *provider*, mentre un tempo la direttiva *e-commerce* abbia basato la tripartizione degli ISP solo ed esclusivamente sul tipo di attività digitale oggettivamente svolta dal singolo *provider*.

dere anche gli atti compiuti dagli utenti, qualora questi non agiscano su base commerciale o la loro attività non generi ricavi significativi[42].

Ciò che rileva ancor più è però la sottrazione di questi atti di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico alle regole proprie dell'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003[43], tale che l'OCSSP non potrà nel compierli invocare il *safe harbour* previsto per gli *hosting providers* dalla normativa sull'*e-commerce*, ma dovrà rispettare delle speciali regole di condotta per poter conquistare l'immunità dalla responsabilità civile ad esso negata in via di principio. In altre parole, l'OCSSP potrà tenere tre atteggiamenti diversi ed alternativi. Nel primo, esso potrà dotarsi in anticipo della licenza da parte dei titolari dei diritti sui contenuti condivisi *online*, e quindi non esporsi ad alcuna azione di responsabilità da parte di tali titolari per l'uso non autorizzato delle loro opere intellettuali. Nel secondo, questo potrà condividere i contenuti *online* senza procurarsi in anticipo alcuna licenza da parte dei titolari e quindi esporsi ad una possibile azione per responsabilità civile e persino penale, nei termini in cui si configuri il reato di pirateria[44]. Nel terzo, potrà comunque condividere i contenuti *online* senza licenza, ma per restare immune da un'azione per responsabilità civile dovrà dimostrare di aver soddisfatto cumulativamente le seguenti condizioni: *a*) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione secondo elevati standard di diligenza professionale di settore; *b*) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore i massimi sforzi per assicurarsi che non sono rese disponibili opere e altri materiali specifici per i quali ha ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; *c*) avere, dopo la ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata da parte dei titolari dei diritti, tempestivamente disabilitato l'accesso o rimosso dal proprio sito *web* le opere o gli altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto, secondo il livello di diligenza richiesto alla lettera *b*), i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro. A queste condizioni

---

42 V. il co. 4, art. 102-*sexies*, l. autore.

43 Come ha avuto modo di ribadire la CGUE nella sent. del 26 aprile 2022, causa C-401/19, al punto 26, la Dir. (UE) 2019/790 introduce con l'art. 17 un mutamento di disciplina che non investe solo il campo di applicazione dell'art. 14, § 1, della Dir. 2000/31/CE, così come nettamente dichiarato dal proprio art. 17, § 3, ma anche quello dell'art. 3 della Dir. 2000/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

44 In merito, l'art. 102-*septies*, co. 2, l. autore, recita che «In ogni caso, non è esente da responsabilità il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* che pratica o facilita la pirateria in materia di diritto d'autore».

deve aggiungersi inoltre quella di non aver posto in essere un'attività di pirateria e né tantomeno di averla agevolata con il proprio servizio di condivisione.
Ciò si ricava dal dettato dell'art. 102-*septies*, co. 2, l. autore, in base al quale l'OCSSP che dovesse incorrere nel reato di pirateria o di concorso in essa non può in nessun caso beneficiare della salvaguardia introdotta dalle nuove norme e sostitutiva per gli OCSSP delle regole di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70/2003.
Resta tuttavia salva la possibilità di rimanere esenti da qualsiasi responsabilità contemplata dalla normativa qui illustrata, tutte le volte in cui i materiali o le opere caricate dagli utenti sulla piattaforma siano il frutto dell'esercizio di una delle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore o ai diritti connessi riconosciute dalla legge, quali la citazione, la critica, la recensione o l'utilizzo a scopo di caricatura, parodia o *pastiche* (art. 102-*nonies*, co. 2, l. autore). A tal fine, gli OCSSP sono persino invitati dallo stesso legislatore (v. l'art. 102-*nonies*, co. 3, l. autore) a rendere edotta la comunità di Internet – per mezzo della pubblicazione dei propri termini e condizioni d'uso – della possibilità di inserire nel loro sito *web* opere o materiali avvalendosi delle eccezioni o delle limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi.
Giova notare qui, per inciso, che la Dir. (UE) 2019/790 innova ulteriormente su questo punto, in quanto rende obbligatorio per gli Stati membri il riconoscimento delle precise eccezioni e limitazioni alla portata del diritto di autore e dei diritti ad esso connessi riportate all'interno dell'art. 17, § 7, là dove invece prima dell'introduzione di questa direttiva vigeva una semplice facoltà ai sensi dell'art. 5 della Dir. 2000/29/CE. Tale novità del resto si è resa necessaria al fine di garantire un'uniformità di disciplina su tutto il territorio dell'Unione europea, ritenuta a sua volta essenziale ed imprescindibile per il funzionamento stesso del nuovo regime di responsabilità degli OCSSP[45].
Unitamente a questa novella il legislatore comunitario ha voluto inoltre ritornare sul principio espresso dalla Corte di giustizia U.E. nel caso "Google Spain", di cui si è riferito *supra* al § 5, per statuire – contrariamente alla giurisprudenza della Corte – che l'applicazione delle nuove regole in tema di responsabilità degli OCSSP «non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla Dir. 2002/58/CE e al Reg. (UE) 2016/679»[46].

45 Cfr. CGUE, sent. del 26 aprile 2022, nella causa C-401/19, punto 87.

46 Cfr. l'art. 17, § 9, penultimo comma, della Dir. (UE) 2019/790, mentre per la trasposizione nel diritto italiano, si v. l'art. 102-*octies*, co. 4, l. autore, in cui si dispone che «L'applicazione delle disposizioni

Ciò al fine di fare chiarezza una volta per tutte e soprattutto prevenire i possibili ostacoli che dovessero derivare dall'interferenza della normativa sulla *privacy*.
Deve, infine, precisarsi che dalla categoria degli OCSSP sono espunti, in virtù di interessi superiori, tutta una serie di soggetti, ed in particolare: i prestatori che danno accesso alle enciclopedie *online* senza scopo di lucro, ai repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, nonché le piattaforme di sviluppo e di condivisione di *software open source*, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, i prestatori di mercati *online*, di servizi *cloud* da impresa a impresa e di servizi *cloud* che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale, salvo che il mercato *online* o il servizio *cloud* consenta di condividere opere protette dal diritto d'autore tra più utenti. Sicché per questo elenco di soggetti continua a valere il regime di responsabilità previsto dalle Direttive 2001/29/CE e 2000/31/CE.

7. (segue) i controlli imposti ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e la possibile minaccia al diritto alla libertà di espressione e d'informazione

Come si è detto nel paragrafo precedente, la Dir. (UE) 2019/790 ha modificato le regole di esonero dalla responsabilità degli OCSSP, aggiungendo all'obbligo per i prestatori di servizi della società dell'informazione di agire immediatamente – non appena ricevuta una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti – per disabilitare l'accesso ai contenuti protetti oggetto della segnalazione o per ritirarli dalle loro piattaforme (già previsto dall'art. 14 della Dir. n. 2000/31/CE), quello di fare il massimo sforzo per impedire il reiterarsi in futuro del caricamento di tali contenuti sulle loro piattaforme (art. 17, § 4, lett. *c*, Dir. UE 2019/790); nonché quello del tutto preventivo di fare il massimo sforzo imposto dagli elevati *standard* di diligenza professionale del settore per impedire a priori che le opere o i materiali per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti siano caricati sulle loro piattaforme (art. 17, § 4, lett. *b*, Dir. UE 2019/790)[47].

---

del presente Titolo non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, ferma restando l'applicazione del Reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

47 Va precisato che, in via del tutto eccezionale, gli obblighi integrativi previsti per gli OCSSP non sono

Ovviamente questo speciale regime di esenzione vale tutte le volte in cui gli OCSSP non siano stati in grado di acquisire dai titolari dei diritti un'autorizzazione (*alias*: licenza) per l'uso delle opere o dei materiali, cosa che verosimilmente potrà accadere di frequente nel corso delle loro attività. Ciò significa, da un lato, che ai titolari dei diritti è richiesto un dovere di collaborazione con gli OCSSP prima del tutto sconosciuto, e, dall'altro, che gli OCSSP sono ora indotti ad eseguire un controllo preventivo dei contenuti che gli utenti intendono caricare sulle loro piattaforme, per mezzo verosimilmente di strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio oggi resi disponibili dalla tecnologia. Il che ha fatto ravvisare alla Polonia il rischio di una minaccia al diritto alla libertà di espressione e d'informazione sancito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e dall'art. 10 della CEDU, così da decidersi a ricorrere alla Corte di giustizia U.E. per far annullare le disposizioni di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 17, § 4, della Dir. (UE) 2019/790 ed in subordine, là dove queste non fossero separabili dal resto dell'articolo, senza alterarne la sostanza, annullare l'intero art. 17.

La Corte di giustizia U.E. si è pronunciata sul ricorso con sentenza del 26 aprile 2022, resa nella causa C-401/19, nella quale l'organo giudicante ha riconosciuto indubitabilmente che il nuovo regime di responsabilità degli OCSSP previsto dalle disposizioni della Direttiva oggetto di censura «comporta una limitazione dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi di condivisione»[(48)], tuttavia essa è controbilanciata da un apparato di garanzie, predisposto dalla stessa direttiva, ritenuto adeguato per assicurare, conformemente all'art. 52, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.[(49)],

---

stati estesi anche agli OCSSP di piccole dimensioni, individuati in base ad un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro calcolati in conformità della Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese ed alla circostanza di aver reso disponibile al pubblico nell'U.E. i propri servizi da meno di tre anni, salvo che il numero medio di visitatori unici mensili di questi superi i 5 milioni, calcolati sulla base del anno civile precedente, nel qual caso debbono dimostrare altresì di aver compiuto i *massimi sforzi* per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie (così l'art. 17, § 6, Dir. UE 2019/790).

48 Cfr. il punto 58 della sentenza.

49 L'art. 52, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. prevede che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

sia il rispetto del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti, sia il giusto equilibrio tra tale diritto e il diritto di proprietà intellettuale, protetto dall'art. 17, § 2 della stessa Carta. Cosicché il ricorso è stato respinto.

Tra le garanzie identificate dalla Corte vi sono quelle previste dall'art. 17, §§ 7 e 8 della direttiva, a cui si aggiungono quelle procedurali stabilite dall'art. 17, § 9, primo e secondo comma, destinate ad intervenire tutte le volte in cui gli OCSSP dovessero disabilitare comunque, per errore o senza alcun fondamento, dei contenuti leciti. Nel diritto interno queste garanzie sono state inserite dal legislatore italiano nell'art. 102-*decies*, co. 2, l. autore, ed hanno dato vita all'obbligo per gli OCSSP di istituite e «rendere disponibili agli utenti dei servizi dei meccanismi di reclamo celeri ed efficaci per la contestazione delle decisioni di disabilitazione dell'accesso o di rimozione di specifiche opere o di altri materiali da essi caricati». Al fine poi di agevolare, ed in parte anche di uniformare, l'azione degli OCSSP, è stato previsto inoltre che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) fornirà a questo proposito delle apposite linee guida, al momento ancora in corso di elaborazione.

Nelle more della decisione sul reclamo, i contenuti in contestazione rimarranno disabilitati, mentre una volta adottata la decisione questa potrà essere contestata con ricorso presentato all'AGCOM, secondo delle modalità che la stessa Autorità deve ancora definire con un proprio regolamento[50].

Resta tuttavia fatta salva dall'art. 102-*decies*, co. 4, l. autore, la possibilità di ricorrere in ogni caso all'autorità giudiziaria.

In conclusione, sebbene il responso della Corte di giustizia U.E. sia stato nel senso di un diniego delle richieste avanzate dalla Polonia, dalla lettura della sentenza si possono trarre in ogni caso alcune interessanti indicazioni interpretative che potranno tornare utili anche per i giudici degli Stati membri. Tra queste, un paio meritano di essere qui richiamate.

La prima attiene al rinvenimento da parte della Corte – nella disposizione di cui all'art. 17, § 7, primo comma, della Dir. (UE) 2019/790 – di un'obbligazione di risultato, e non di mezzi[51]. In altri termini, dal diverso tenore letterale dei paragrafi 7, primo comma, e 4, lett. *b*) e *c*), dell'art. 17 della direttiva, sembrerebbe doversi sussumere che agli OCSSP non sia richiesto di fare il massimo sforzo per evitare

[50] Va detto che tale regolamento doveva essere emanato, secondo le intenzioni del legislatore, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 177/2021, avvenuta il 12 dicembre 2021.

[51] Cfr. punti 77-78 della sentenza.

che per mezzo della loro collaborazione con i titolari dei diritti si impedisca di fatto di rendere disponibili agli utenti opere o materiali che non violino affatto tali diritti, o che siano frutto delle limitazioni o delle eccezioni riconosciute dalla direttiva, ma di conseguire esattamente tale risultato.
La seconda, invece, riguarda l'efficacia pretesa dai sistemi di filtraggio che possono essere implementati dagli OCSSP. Qui, infatti, la Corte è tornata a ribadire quanto statuito già nel caso SABAM, con sentenza del 16 febbraio 2012, nella causa C-360/10, specie ai punti 50-51, affermando che «un sistema di filtraggio che rischi di non distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito e un contenuto lecito, sicché il suo impiego potrebbe avere come risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito, sarebbe incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, garantito all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., e non rispetterebbe il giusto equilibrio tra quest'ultimo e il diritto di proprietà intellettuale».

8. La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e l'interferenza con le regole sulla responsabilità dell'*Internet service provider*

L'attività normalmente compiuta dagli *Internet service providers*, specie da quelli di nuova ideazione, fa sì che questi siano ineludibilmente ricondotti alla figura del "professionista"[52] coniata dalla normativa in tema di pratiche commerciali scorrette, e di rimando assoggettati anche alle regole di questa.
Ne consegue che la condotta degli ISP può essere vagliata anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), a cui il codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) affida il compito di sanzionare tutti i professionisti che

[52] L'art. 18, co. 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 206/2005, recante il codice del consumo, definisce professionista sia la persona fisica che quella giuridica, che agendo nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, compie una pratica commerciale con uno o più consumatori o microimprese. Ovvero esso compia qualsiasi azione od omissione, tenga una condotta o effettui una dichiarazione o comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione di prodotti o servizi, nei confronti di consumatori o microimprese.
Per la giurisprudenza amministrativa, la qualifica di professionista – di cui alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette – deve riconoscersi a chiunque partecipi alla realizzazione di una pratica traendone uno specifico e diretto vantaggio economico o commerciale (Tar Lazio, Roma, Sez. I, 13 gennaio 2015, n. 372).

pongano in essere una pratica commerciale scorretta. In particolare, ciò accade tutte le volte in cui un professionista tenga una condotta prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa all'offerta di un prodotto o di un servizio contraria alla «diligenza professionale» ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del destinatario medio a cui l'offerta è rivolta, così da influenzarlo inevitabilmente sulla scelta del prodotto o del servizio.
Pertanto, l'operato degli ISP e financo l'organizzazione che questi si danno non sono privi di rilievo neanche dal punto di vista consumeristico. Ne è una testimonianza quanto occorso alla Ticketbis Sociedad Limitada, una società spagnola titolare della piattaforma *web* (*www.ticketbis.it*, poi migrata – dopo l'acquisto di Ticketbis da parte di Stubhub, una società del gruppo Ebay – sul sito Internet *www.stubhub.it*) dove gli utenti possono scambiarsi tra loro i biglietti per assistere ad eventi culturali, senza avere per questo alcun contatto o relazione contrattuale con gli operatori del mercato primario. In altre parole, la Ticketbis è titolare di un *marketplace* di *secondary ticketing* in cui gli utenti, previa registrazione, possono inserzionare i biglietti dell'evento che intendono cedere a terzi compilando degli appositi campi predisposti da Ticketbis sul proprio sito Internet. A livello operativo Ticketbis incamera l'importo dei biglietti e li versa al venditore soltanto ad evento concluso, trattenendo la propria commissione d'intermediazione.
Ebbene l'*Antitrust*, nel corso del 2016, effettuando un controllo d'ufficio ha riscontrato che sul sito del *provider* non erano disponibili alcune informazioni, tra cui il prezzo originario del biglietto ceduto (c.d. valore facciale del biglietto), la *seat location* (ovvero il posto riservato per assistere all'evento, con relativa specifica della collocazione in balconata, gradinata, prima fila, ecc…) ed infine il dettaglio delle condizioni di garanzia e di rimborso in caso di annullamento dell'evento o di tardiva spedizione del biglietto da parte del venditore. Il corredo informativo reso disponibile all'utente è stato ritenuto dall'Autorità lacunoso e non conforme ai principi di trasparenza e completezza informativa formulati da tempo dalla giurisprudenza amministrativa[53], e quindi tale da precludere all'utente «la possibilità di percepire in modo chiaro la reale portata dell'offerta e le caratteristiche qualitative del bene, nonché di apprezzare la convenienza effettiva della sua scelta d'acquisto sul sito di Ticketbis, anche rispetto ad analoghe offerte presenti sul medesimo sito». Con provvedimento n. 26536 del 2017, pubblicato nel Bollet-

[53] V., *ex multis*, Cons. St., 24 settembre 2012, n. 5073.

tino n. 14 del 18 aprile 2017, l'Autorità ha riconosciuto la pratica commerciale svolta da Ticketbis scorretta ai sensi degli artt. 20 e 22 c. cons., e ne ha vietato sia la diffusione che la continuazione, irrogando contestualmente alla società una sanzione amministrativa pecuniaria di 210.000 euro. Sennonché Ticketbis non ha modificato entro il termine stabilito dall'Autorità, ovvero entro il 13 giugno 2017, le modalità di presentazione dei servizi offerti, e quindi rimosso i profili di scorrettezza censurati, ma vi ha provveduto l'11 aprile 2018, giorno in cui nella piattaforma è stato reso obbligatorio agli utenti della sezione italiana del sito di specificare il valore facciale del biglietto e il *seat location*. Il che ha determinato l'ulteriore provvedimento dell'ACGM n. 27179 pubblicato sul Bollettino n. 22, dell'11 giugno 2018, con cui è stata inasprita la sanzione pecuniaria comminata alla società elevandola a 250.000 euro.

Contro i provvedimenti dell'Autorità la società spagnola ha proposto ricorso in prima battuta di fronte al TAR Lazio, che con sentenza n. 464 del 2018 lo ha respinto, e successivamente al Consiglio di Stato, il quale invece ha riformato la sentenza del tribunale ed accolto il ricorso di primo grado con un provvedimento che ha destato in dottrina non poche perplessità[54]. Il Consiglio di Stato sembra infatti essersi preoccupato, in questa occasione, più dello spinoso e controverso problema del coordinamento tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella del commercio elettronico che della fattispecie concreta, giungendo per alcuni versi persino ad ammonire l'*Antitrust*, quasi a volerne perimetrare meglio i poteri. Secondo la Sezione VI del Consiglio di Stato non vi è «una oggettiva incompatibilità tra la figura del professionista, ai sensi della normativa sulle pratiche commerciale scorrette, e quella di *hosting provider*, ai sensi della normativa sul commercio elettronico. Esse, però, devono essere coordinate nel senso che è possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale, ma non è consentito che mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette si impongano all'*hosting provider* prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo specifico contratto concluso». In particolare, continuano i giudici, le parti del rapporto, ovvero il *provider* da un lato ed i suoi utenti dall'altro hanno contemplato, con riferimento agli aspetti rilevanti ai fini del giudizio, un *hosting provider* 'passivo'. «L'Autorità, con le sue prescrizioni,

[54] V. Cons. St., Sez. VI, sent. n. 1217/2020, mentre per un'analisi critica del ragionamento seguito dall'organo giudicante si rimanda a G. Picariello, *La responsabilità dell'*Internet service provider *nell'alveo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Resp. civ. e prev.*, 6/2020, 1926 ss.

vorrebbe mutare tale figura in *hosting providing* 'attivo' mediante l'imposizione di rendere noti, in particolare, il valore del biglietto facciale e il posto a sedere. Si tratta, infatti, di elementi che, sulla scorta dell'istruttoria e della conseguente motivazione posti in essere dall'Autorità, non risultano essere nella disponibilità del venditore e che quindi l'*hosting provider* non è tenuto a pubblicare e controllare senza mutare la stessa natura dell'attività imprenditoriale svolta e il conseguente regime di responsabilità».

Alla luce di questo arresto giurisprudenziale gli *hosting providers* potranno, in avvenire, strutturare la propria piattaforma in maniera tale da non rendere obbligatorio per i fruitori di questa l'inserimento di talune informazioni, magari anche rilevanti per una scelta consapevole da parte dei destinatari del servizio, trincerandosi dietro la "neutralità" che essi hanno inteso conferire alla piattaforma stessa. Ossia si è finito per depotenziare, ad opinione di chi scrive, l'*enforcement* della disciplina delle pratiche commerciali scorrette con riferimento proprio ad una particolare tipologia di professionista, l'*hosting provider* appunto, espandendo gli effetti della deroga di responsabilità prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003 dall'ambito civilistico a quello amministrativo.

Se poi si analizza con maggiore attenzione la soluzione trovata dal Consiglio di Stato, si può notare che questa non è per nulla dirimente rispetto al possibile conflitto tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella in tema di commercio elettronico, anzi sembra piuttosto generare una sorta di cortocircuito. Ciò in quanto sostiene una ricostruzione per cui l'*hosting provider* che metta in condizione gli utenti di fruire dei suoi servizi di intermediazione, pretendendo pochissime informazioni, eventualmente anche insufficienti secondo i canoni dell'*Antitrust*, potrà essere considerato "passivo" e quindi immune da responsabilità per il codice del consumo (come è avvenuto per Ticketbis) ed anche per il d.lgs. n. 70/2003; mentre quello che correttamente e diligentemente pretenderà dai propri utenti il rispetto dei principi di trasparenza e di completezza informativa, imponendo ad esempio la compilazione di alcuni campi, rischierà di essere considerato "attivo" e quindi di esporsi non alla disciplina del codice del consumo, ma alla responsabilità ordinaria senz'altro.

9. Prime considerazioni sulle novità in tema di responsabilità degli *Internet service providers* contenute nel *Digital Services Act*

È emerso più volte nel corso del presente lavoro come il dato normativo regolante la responsabilità degli ISP sia stato arricchito nel tempo da una poderosa azione ermeneutica della giurisprudenza, tanto da costringere il legislatore euro-unitario a ritornare di recente su questa materia per mezzo del Reg. (UE) 2022/2065 (DSA), menzionato *supra* al § 1[(55)].

Obiettivo dichiarato di questo provvedimento è proprio quello di porre fine, una volta per tutte, alla disarmonia generata nel mercato comune dalla vigenza di regole diverse e dall'accreditamento di diversi orientamenti giurisprudenziali nazionali in ordine, rispettivamente: alla qualificazione delle diverse categorie di intermediari digitali, alle condizioni secondo le quali è possibile riconoscere a tali intermediari una qualche responsabilità per i contenuti veicolati, ed infine alla qualificazione dei contenuti illeciti *online*.

Ragion per cui il nuovo Regolamento è stato concepito in maniera tale da sovrascriversi rispetto ai principi fondanti sanciti dalla Direttiva *e-commerce*, che restano comunque validi ed impregiudicati, ma vengono ora integrati da delle nuove regole frutto anche delle conclusioni a cui è pervenuta negli ultimi venti anni la giurisprudenza comunitaria. Ecco quindi che prendono corpo nel nuovo atto gli articoli dedicati all'esenzione condizionata dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, quelli destinati ad introdurre specifici obblighi di diligenza per determinate categorie di prestatori di servizi intermediari, ed ancora quelli

---

55 Pubblicato in Gazz. Uff. CE, L 277 del 27 ottobre 2022. Va detto che il DSA non è altro che l'approdo di una riflessione iniziata già nel 2020, allorquando la Commissione europea ha prodotto la Comunicazione "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" con la quale si è impegnata ad aggiornare le norme orizzontali che definiscono le responsabilità e gli obblighi dei prestatori di servizi digitali, ed in particolare delle piattaforme *on line* (v. *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-futurefeb2020_en_4.pdf*). A questa riflessione ha contribuito inoltre anche il Parlamento europeo, grazie all'adozione ai sensi dell'art. 225 TFUE, di due Risoluzioni: una dedicata alla "Legge sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico" [2020/2018(INL)] e l'altra riservata alla "Legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano *on line*" [2020/2019(INL)], a cui a sua volta ha aggiunto, secondo la procedura non legislativa, un'ulteriore Risoluzione sull'atto sui servizi digitali e le questioni sollevate in materia di diritti fondamentali [2020/2022(INI)]. Questi provvedimenti contengono sostanzialmente un appello a mantenere i principi essenziali della Direttiva sul commercio elettronico e a tutelare i diritti fondamentali nell'ambiente *on line*, come pure l'anonimato *on line*, ove ciò sia tecnicamente possibile.

riservati alla disciplina della cooperazione richiesta ai prestatori di servizi intermediari e al coordinamento tra le autorità competenti. Se ci si addentra poi nella lettura di ciascuno dei 93 articoli, ed ancor prima dei suoi 156 *considerando*, si può comprendere come il DSA sia tutto proteso a fare in modo che gli ISP tengano un comportamento proattivo di contrasto ai contenuti illeciti, intesi quest'ultimi in senso molto ampio[56], piuttosto che uno passivo e neutro. Cosicché l'ISP che dovesse svolgere spontaneamente delle indagini od altre attività mirate ad individuare e rimuovere contenuti illegali accessibili *online* non dovrà temere di perdere l'esenzione dalla responsabilità.

Solo così, secondo le istituzioni europee, si potranno combattere gli abusi e le frodi perpetrati per mezzo di Internet e contemporaneamente porre un freno al dilagante fenomeno dello strapotere esercitato di fatto dalle piattaforme digitali, e specie dai *gatekeeper* di Internet[57].

Avanzando nell'analisi del nuovo Regolamento, non si può non notare che il campo di applicazione delle nuove norme è estremamente circoscritto. Infatti, dal punto di vista soggettivo, questo trova applicazione solo ai prestatori di determinati servizi della società dell'informazione, quali quelli erogati normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario, siano essi di *caching*, *hosting* o di semplice *mere conduit*. Mentre dal punto di vista geografico, il DSA prende in considerazione solo i servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento ricada nell'Unione o che siano ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi. In altre parole ciò che rileva ai fini dell'assoggettamento alle regole del DSA è la presenza di un cosiddetto "collegamento sostanziale" tra il prestatore

---

56 Stando all'art. 2 del DSA, per contenuto illegale deve intendersi «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di qualunque Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni».

57 Il "gatekeeper" corrisponde ad una piattaforma online di grandi dimensioni che funge da importante punto di accesso tra utenti commerciali e consumatori e gode di una posizione da cui poter dettare le regole e creare una strozzatura nell'economia digitale. Esso è oggi preso in considerazione e regolamentato dal Digital Markets Act - DMA (Regolamento UE 2022/1925) che insieme al DSA compone il cosiddetto "pacchetto digitale", ossia la coppia di Regolamenti europei tra loro complementari e destinati, nelle intenzioni del legislatore comunitario, a fare in modo che l'Unione Europea riconquisti la propria "sovranità digitale", «intesa in questo caso come potestà di regolamentazione e controllo delle tech companies», M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Riv. it. di informatica e diritto*, 2021, 2, 12.

di servizi intermediari e l'Unione Europea, che può a sua volta consistere nello stabilimento del prestatore sul territorio dell'U.E. o nel riscontro di specifici criteri di fatto, quali: *a*) un numero considerevole di destinatari del servizio in uno o più Stati membri in relazione alla sua o alla loro popolazione; oppure *b*) l'orientamento delle attività del prestatore verso uno o più Stati membri.
Ora il DSA, ancorché entrato in vigore venti giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale U.E., in realtà gode di un'applicazione posticipata al 17 febbraio 2024 (così, l'art. 93, § 2, Reg. UE 2022/2065), salvo che per alcune specifiche disposizioni. Ciò al fine precipuo di consentire agli operatori del mercato di adeguarsi per tempo.
Se dunque questo nuovo Regolamento riuscirà effettivamente a promuovere un ambiente digitale competitivo in Europa e soprattutto fungerà da modello per la definizione di norme a livello mondiale, così come è nelle intensioni dichiarate dal legislatore euro-unitario, lo si potrà apprezzare solo nei prossimi anni.

ABSTRACT

Il lavoro ricostruisce il quadro normativo relativo alla disciplina della responsabilità degli *Internet services providers* così come si è venuto plasmando a partire dalla direttiva *e-commerce* dell'inizio del secondo millennio, per giungere sino ai giorni nostri. Esso mette in evidenza come questo abbia in parte tenuto rispetto ai cambiamenti intervenuti nel mondo digitale, ed in parte abbia invece manifestato dei propri limiti, più volte sondati e superati grazie all'intervento ermeneutico della giurisprudenza.

The essay reconstructs the legal framework governing the liability of Internet service providers as it has been shaped from the e-commerce directive at the beginning of the second millennium to the present day. It highlights how it has partly held up to the changes that have taken place in the digital world, and partly manifested its own limits, which have been probed and overcome several times thanks to the hermeneutic intervention of jurisprudence.