

# La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'*hosting provider* (attivo e passivo)

di Luca Tormen\*

**SOMMARIO:** 1. Il caso: Cass., 19.3.2019, n. 7708. – 2. Lineamenti della responsabilità dell'*internet service provider*. – 3. Sulla discussa necessità dell'ordine proveniente dall'autorità. – 4. Sulla necessaria identificazione dei contenuti controversi mediante l'indicazione dell'URL. – 5. Sull'inibitoria volta a impedire future violazioni. – 6. Sull'*hosting provider* attivo. – 7. Conclusioni.

## 1. Il caso: Cass., 19.3.2019, n. 7708.

Rispetto alla complessità originale, la controversia viene di seguito illustrata con voluta approssimazione, al solo fine di rendere la successiva analisi più agevole. Per comodità espositiva, ci si riferirà alla dir. n. 31/2000 CE con il termine “Direttiva” e al d. legis. 9.4.2003, n. 70, con la quale la Direttiva è stata recepita, con il termine “Decreto”.

L'originaria attrice, ricorrente dinanzi alla Suprema Corte, è RTI, società titolare dei diritti d'autore di numerose trasmissioni. Le convenute, controricorrenti, sono Yahoo! Italia e Yahoo! Inc., che all'epoca dei fatti gestivano il servizio Yahoo! Video, una piattaforma ove gli utenti caricavano video che divenivano accessibili al pubblico senza alcun vaglio preventivo.

RTI ha senza successo diffidato le convenute a rimuovere da Yahoo! Video alcuni contenuti estratti dalle proprie trasmissioni e, quindi, convenuto le stesse chiedendo (i) l'accertamento della responsabilità per l'omessa rimozione dei contenuti; e (ii) l'emissione di un ordine che vieti ogni ulteriore violazione.

Le convenute hanno sostenuto di svolgere un servizio di *hosting provider* passivo. Pertanto, non sono tenute a rimuovere i contenuti in mancanza di un ordine giudiziale o, tutt'al più, di una diffida di parte contenente gli URL dei contenuti<sup>1</sup>. Invero, in mancanza degli URL, l'*hosting provider* sarebbe costretto a ricercare i contenuti controversi, in violazione della normativa, che prevede che gli *hosting* non sono tenuti a un obbligo di sorveglianza del servizio offerto. E poiché nel caso di specie la diffida si limita a indicare il nome dei programmi, non vi è alcun obbligo di ottemperanza. Infine, le convenute

hanno eccepito che l'emissione dell'inibitoria sarebbe *contra legem*, poiché, anche in questo caso, le costringerebbe a un costante controllo della piattaforma al fine di intercettare nuove violazioni.

Il Tribunale di Milano ha accolto le domande attoree ricorrendo alla figura dell'*hosting provider* attivo. A differenza dell'*hosting provider* passivo, esso interagisce attivamente con i contenuti ospitati ed pertanto è in grado di intercettare le informazioni richieste pur in mancanza degli URL e di individuare le future violazioni in modo da poter ottemperare all'inibitoria.

La Corte d'Appello ha riformato la pronuncia di primo grado rigettando la nozione di *hosting provider* attivo.

La Cassazione ha parzialmente cassato la pronuncia della Corte d'Appello. Ha sì riconosciuto la categoria dell'*hosting provider* attivo ma ha ritenuto Yahoo! Video un *hosting provider* passivo, di cui però sono stati ridefiniti i lineamenti generali: l'esenzione di responsabilità di cui al Decreto viene meno al verificarsi delle seguenti condizioni (i) l'*hosting* è in qualsiasi modo giunto a conoscenza dell'illecito in questione; (ii) l'illiceità è ragionevolmente constatabile; e (iii) l'*hosting* è stato informato in modo specifico dei contenuti controversi. Mentre le prime due condizioni sono già state accertate dalla Suprema Corte, spetterà alla Corte d'Appello decidere se la mancata indicazione degli URL abbia effettivamente reso impossibile per le convenute identificare i contenuti controversi.

## 2. Lineamenti della responsabilità dell'*internet service provider*.

Gli *internet service provider*<sup>2</sup> sono gli intermediari di

\* Contributo pubblicato in base a *referee*.

<sup>1</sup> L'URL è una stringa alfanumerica che identifica univocamente un contenuto *web*. Tecnicamente, contiene le uniche coordinate intellegibili e idonee a localizzare con certezza un contenuto.

<sup>2</sup> La letteratura in proposito è vasta. Si vedano, tra i tanti, ALLEGRI, *Alcune considerazioni sulla responsabilità degli intermediari digitali e particolarmente dei "social network provider" per i contenuti prodotti dagli utenti*, in *Inf. e dir.*, 2017, 69 ss.; BASSINI, *Mambo Italiano: the Italian perilous way on ISP liability*, in *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation*

*of Intermediaries*, a cura di OJANEN e PETKOVA, Edward Elgar, in corso di pubblicazione; BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?* in *Federalismi.it*, 2015, 3, 1 ss.; BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di 'hosting provider', conseguenze sul regime di responsabilità e limite dell'attuale approccio 'case by case'*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1997 ss.; BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 536 ss.; CASSANO-CIMINO, *Il nuovo*

servizi che veicolano passivamente i contenuti nel web: gli utenti caricano i propri contenuti sulla piattaforma gestita dall'*internet service provider* e quest'ultimo, senza interazioni sostanziali, li trasmette ai soggetti cui sono diretti. Rientrano all'interno di tale nozione il *mere conduit*<sup>3</sup>, che si occupa del mero trasporto di informazioni<sup>4</sup>, il *caching provider*<sup>5</sup>, che memorizza automaticamente e temporaneamente le informazioni veicolate<sup>6</sup>,

e, infine, l'*hosting provider*, che stocca le informazioni fornite dagli utenti<sup>7</sup>.

L'*internet service provider* si distingue dal *content provider* in quanto il secondo pubblica propri contenuti e, pertanto, è soggetto all'ordinario regime di responsabilità aquiliana<sup>8</sup>.

Al fine di incoraggiare lo sviluppo dell'economia digitale in Europa<sup>9</sup> e tutelare la libera manifestazione del pensiero<sup>10 11</sup>, la Direttiva<sup>12</sup> ha previsto per gli in-

regime di responsabilità dei 'providers': verso la creazione di un novello 'censore telematico'? Un primo commento agli artt. 14-17 del d.lgs. 70/2003, in *Giur. it.*, 2004, 671 ss.; DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Giuffrè, 2010; DELFINI, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/13/CE e nel d.lgs. 70/2003*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 55 s.; DI CIOMMO, voce «Internet (responsabilità civile)», in *Enc. giur. Treccani*, X, Ed. Enc. it., 2002, 3; DI COCCO-SARTOR, *Temi di diritto dell'informatica*, Giappichelli, 2011; DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corr. giur.*, 2012, 553 ss.; GAMBINI, *La responsabilità civile dell'internet provider*, ESI, 2006; GENOVESE, *La responsabilità dell'hosting provider*, in *AIDA*, 2010, 381 ss.; MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, 2018; NIVARRA, voce «Responsabilità del provider», nel *Digesto*, Disc. priv., Utet, 2003, 1196 ss.; RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, 2002; PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. inf.*, 2009, 705 ss.; PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA*, 2017, 468 ss.; POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli internet service provider*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 45 ss.; RICCIO, *Social networks e responsabilità civile* in *Dir. inf.*, 2010, 859 ss.; SICA, *Responsabilità del 'provider': una soluzione 'equilibrata del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, 506 ss.; SICA, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di Tosi, Giuffrè, 2003, 267 ss.; SICA-STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, 2002; TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lgs. n. 70/2003*, in *La resp. civ.*, 2010, 169 ss.; TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Giuffrè, 2006, 430 ss.; TOSI-FRANCESCHELLI, *Le regole giuridiche del commercio elettronico*, Giuffrè, 2003. Per un'analisi comparata si veda SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Dir. inf.*, 2011, 285 ss.

<sup>3</sup> Con riferimento alla disciplina del *mere conduit*, v. ALBANESE, *La responsabilità della mere conduit*, in *AIDA*, 2010, 354 ss.

<sup>4</sup> Il *provider* si limita a trasmettere transitoriamente, su una rete di comunicazione, le informazioni degli utenti. Si tratta in sostanza dei *carrier* (i.e., gli operatori telefonici) o degli *access provider* (i.e., i fornitori di connettività).

<sup>5</sup> Con riferimento alla disciplina del *caching*, v. CASS., 19.3.2019, n. 7709, in *Dir. e giust.*, 20.3.2019.

<sup>6</sup> È l'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria: il *provider*, in sostanza, trasmette su una rete di comunicazione le informazioni fornite da un utente al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri utenti. A differenza del *mere conduit*, il *caching provider* memorizza, oltre che in maniera automatica e intermedia, in via temporanea (per un lasso di tempo maggiore rispetto alla "transitoria" memorizzazione del *mere conduit*). Un esempio noto di *caching provider* è, nelle sue funzioni più note, Google (cfr. TRIB. FIRENZE, 25.5.2012, in *Dir. inf.*, 2012, 1210 ss., con nota di SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*).

<sup>7</sup> Si tratta dell'attività di memorizzazione di informazioni a carattere tendenzialmente duraturo. Un esempio di *hosting provider* è la piattaforma Facebook. In tali termini TRIB. ROMA, 6.8.2018, n. 16291; TRIB. ROMA, 22.6.2018.

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra *content* e *hosting provider* si veda CASSANO-CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli ISP: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2009, 1206 ss.; DE LUCA-TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giur. comm.*, 2011, 1215 ss.

<sup>9</sup> Si vedano i primi tre considerando della Direttiva: gli *internet service provider* sono considerati propulsori del progresso dei mercati virtuali. Fa-

vorendo il loro sviluppo, la Direttiva si prefigge l'obiettivo di garantire anche il progresso economico e sociale. Approfondisce il punto Tosi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2017, 56 ss. Per un'analisi economica si veda MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, 405 ss.

<sup>10</sup> Se non vi fosse un'esenzione, il *service provider* rimuoverrebbe qualsiasi contenuto potenzialmente illecito onde evitare di incorrere in responsabilità. Ne deriverebbe un'iniqua compressione della libertà di manifestazione del pensiero, che trova invece nelle piattaforme online ampio sfogo. Il fenomeno ricorda quello della medicina difensiva, in cui le scelte degli operatori sono teleologicamente assunte al fine precipuo di evitare responsabilità. Sul punto, si veda DI TANO, *Prospettive de iure condendo sulla responsabilizzazione dei content provider*, in *Inform. e dir.*, 2017, 125 ss., il quale registra il «serio rischio di sistematizzazione della censura: la rimozione dei contenuti segnalati potrebbe diventare l'azione di default adottata per troncarsi sul nascere ogni ipotetica controversia o attribuzione di responsabilità». Tra gli autori italiani si veda anche ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, 2012; BASSINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 2019, 25, 182 ss.; COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e 'pubblicazione in Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 372 ss.; POLLICINO-BASSINI, *Free speech, defamation and the limits to freedom of expression in the EU: A comparative analysis*, in *Research handbook on EU Internet Law*, a cura di SAVIN e TRZASKOWSKI, Edward Elgar, 2014; POLLICINO, *Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: The case of freedom of speech*, in *European Law Journal*, 2019, 25, 155 ss. Per una più ampia disamina dei principi costituzionali coinvolti si veda APA-POLLICINO, *Modeling the liability of internet service provider: Google vs. Vivi Down. A constitutional perspective*, Egea, 2013. Il fenomeno è stato ampiamente approfondito anche dalla dottrina d'oltreoceano. Si veda, ex multis, BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in *UC Davis School of Law - Law Review*, 2018, 51, 60 ss.; BALKIN, *Old-School / New-School Speech Regulation*, in *Harvard law review* 2014, 127, 11, 2296 ss.; WU, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, in *Notre dame law review*, 2011, 87, 293 ss.; KREIMER, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, 155, 11; BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia law review*, 1999, 99, 2295 ss. Più in generale, sul tema della libertà di manifestazione del pensiero, si veda i sempre attuali ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958; FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1958; MANETTI-PACE, Art. 21. *La libertà di manifestazione del proprio pensiero nel Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA e PIZZORUSSO).

<sup>11</sup> Le ragioni, di ordine costituzionale, alla base della previsione dello speciale regime di responsabilità dimostrano che è una prassi errata ritenere la responsabilità degli *internet service provider* materia prettamente civilistica. Si tratta invece di un esemplare caso in cui pubblico e privato si confondono dimostrando la fragilità dei rigidi schemi convenzionalmente utilizzati. Si veda, con specifico riferimento alla materia in esame, BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità 'complessa'?*, cit., e, in generale, DEL PRATO, *Pubblico e privato: spigolature di un civilista*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2016, 287 ss., ora anche in ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, 2018, 165 ss.

internet service provider un regime di esenzione da responsabilità fondato su due capisaldi: (i) l'assenza di qualsivoglia obbligo di monitoraggio preventivo dei contenuti memorizzati; e (ii) la generale esenzione di responsabilità per i contenuti pubblicati dagli utenti, salvo i casi previsti dalla legge<sup>13</sup>.

Per quanto concerne l'assenza di un obbligo di monitoraggio preventivo<sup>14</sup>, il Decreto, all'art. 17, riproduce fedelmente l'art. 15 della Direttiva e prevede che l'internet service provider «non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza delle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite». Ciò implica, *inter alia*, che l'internet service provider non è tenuto a rimuovere contenuti di propria iniziativa<sup>15</sup>. La ratio è consentire di operare senza la necessaria implementazione di sistemi di vaglio preventivo in quanto, oltre a richiedere investimenti onerosi, rallenterebbero e limiterebbero la circolazione dei contenuti.

Per quanto riguarda l'esenzione da responsabilità, ciascuno dei tre internet service provider ha un proprio regime. Questo commento si limita a considerare l'hosting provider, con riferimento al quale si rilevano due differenze tra Decreto e Direttiva<sup>16</sup>, da cui origina un contrasto<sup>17</sup>.

L'art. 14 della Direttiva prevede che l'hosting non risponde dei contenuti stoccati a condizione che: «(a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'atti-

vità o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o (b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». L'art. 16 del Decreto, invece, a condizione che: «(a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità; (b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente<sup>18</sup> per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso [...]» (enfasi aggiunte).

La Direttiva non prevede la comunicazione delle autorità e lega le condizioni *sub a.* e *b.* con la disgiuntiva "o", che nel Decreto non è presente.

Ebbene, interpretando pure il Decreto in modo da considerare le due condizioni legate dalla disgiuntiva, si attua un modello che ammette l'autotutela, in base al quale il regime di esenzione viene meno anche in seguito alla ricezione di una diffida di parte. Interpretando le due fattispecie come legate dalla congiuntiva "e", si configura un modello di esclusiva eterotutela, in base al quale il regime di esenzione viene meno solo in seguito alla ricezione di una comunicazione delle autorità.

L'orientamento che in tema di violazione di diritti di proprietà intellettuale è maggioritario<sup>19</sup> ammette an-

<sup>12</sup> Per un'analisi focalizzata sulla Direttiva cfr. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 652 ss.; SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Cell/Europa*, 2000, 857 ss.

<sup>13</sup> Prima dell'entrata in vigore del Decreto, la materia era disciplinata attingendo ai principi applicabili al mondo della stampa e a quelli generali della responsabilità aquiliana. Sul punto, si veda ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 5 ss.; ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in questa *Rivista*, 2012, II, 129 ss.; FACCI, *La responsabilità extraccontrattuale dell'internet provider*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 265 ss.; FRANZONI, *Gli illeciti in internet*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 28 ss.; MAGLI-SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. inf.*, 1997, 61 ss. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *AIDA*, 2002, 307 ss.; PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers?*, in *Danno e resp.*, 2002, 5 ss. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit. Tra la giurisprudenza, sporadica, si veda TRIB. MONZA, 14.5.2001; TRIB. ROMA, 4.7.1998; TRIB. NAPOLI, 8.8.1997; TRIB. CUNEO, 23.6.1997. Sull'applicabilità delle regole tradizionali della stampa al mondo internet si veda, *ex multis*, PERON, *Sull'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore responsabile di testata telematica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 262 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *I 'prodotti editoriali' elettronici nella L. 7 marzo 2001, n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inf.*, 2001, 153 ss.

<sup>14</sup> Cfr. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli internet service providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e resp.*, 2004, 834 ss.

<sup>15</sup> *Ex multis*, CORTE GIUST. UE, 24.11.2011, causa C-70/10, *Scarlet c. SABAM*, in *Dir. inf.*, 2012, 303 ss., con nota di SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi di filtraggio*; e CORTE GIUST.UE, 16.2.2012, causa C-360/10, *SABAM, v. Netlog*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 4, 1082 ss., con nota di MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli 'internet service provider' e la tutela del diritto d'autore 'online'*. A commento delle richiamate senten-

ze, si veda, BERTONI-MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, 537 ss.; COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in questa *Rivista*, 2012, I, 580 ss.; FEROLA, cit.; MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli 'internet service provider' e la tutela del diritto d'autore 'online'*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 1082 ss.; SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *Giur. merito*, 2013, 125 ss. Nella giurisprudenza italiana, CASS., sez. un., 29.1.2015, n. 31022, in *Giur. cost.* 2015, 1055 ss., con nota di DIOTALLEVI; CASS., 17.12.2013, n. 5107, in *Dir. inf.*, 2014, 225 ss. con nota di RESTA; APP. MILANO, 7.1.2015, n. 29, cit. e TRIB. MILANO, 29.9.2014, n. 11295.

<sup>16</sup> La formulazione del Decreto è stata pesantemente criticata. Si veda COMANDÉ, *Al via la direttiva sul commercio elettronico, ma...serve un maggior coordinamento*, in *Danno e resp.*, 2003, 811 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. 70/2003*, in *Dir. inf.*, 2003, 3, 505 ss.

<sup>17</sup> Approfondisce compiutamente il tema COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, 1312B ss. Per un'ampia disamina si veda anche SICA-ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2019.

<sup>18</sup> La giurisprudenza non ha ancora chiarito cosa debba intendersi per "immediatamente". Un'indicazione di massima, segnala PANETTA, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, in *Dir. Internet*, 2019, in corso di pubblicazione, si rinvia in TRIB. ROMA, 5.5.2016, n. 9026, in *DeJure*, ove il tribunale ha ritenuto che «una rimozione a distanza di 'alcuni mesi' dalla conoscenza dell'illecito non è compatibile con il dettato normativo della direttiva e-commerce». In dottrina il tema è stato approfondito da GAMBINI, cit., 290 ss.

<sup>19</sup> In giurisprudenza si veda, *ex multis*, TRIB. ROMA, 15.2.2019, in *Dir. Internet*, 2019, 2, in corso di pubblicazione, con nota di CASSANO, *Un precedente di responsabilità del social network per attività abusiva di linking*; TRIB. ROMA, 10.1.2019, in *Dir. Internet*, 2019, 219 ss., con

che l'autotutela. Viene avvalorata un'interpretazione funzionale sviluppatasi a livello eurounitario<sup>20</sup>; ciò che rileva è l'effettiva conoscenza, da parte del *provider*, dell'illiceità di un contenuto<sup>21</sup>, circostanza che obbliga il *provider* diligente<sup>22</sup> ad attivarsi di conseguenza.

Il secondo orientamento<sup>23</sup> combina un'interpretazione di tipo sistematico, volta ad evitare che l'*hosting provider* assurga al ruolo di arbitro nel determinare se la pretesa di una parte sia fondata o meno<sup>24</sup>, a un'osservazione ermeneutica: è il Decreto, e non la Direttiva, la fonte che rileva<sup>25</sup>; e il Decreto diverge da questa proprio poiché elimina la disgiuntiva e prevede la necessaria comunicazione da parte dell'autorità.

Ciascun sistema ha i suoi *pro* e i suoi *contro*: il primo consente senz'altro una tutela più immediata; e tuttavia, costringere il *provider* a essere arbitro della natura lecita o meno del contenuto in questione, con il rischio che un errore di valutazione conduca a illecite censure. Il secondo fa sì che il *provider* non assurga al ruolo di arbitro; e tuttavia, richiede tempi e costi maggiori ai fini della realizzazione della tutela.

A completamento dell'analisi normativa, rileva infine il secondo comma dell'art. 17 del Decreto, in base al quale l'*hosting provider* è tenuto a (i) informare tempestivamente l'autorità della presenza di attività presuntivamente illecite di cui sia venuto in qualsiasi mo-

do a conoscenza; e (ii) su richiesta delle autorità, comunicare tempestivamente le informazioni che consentano di identificare il soggetto che ha compiuto le attività presuntivamente illecite onde prevenire il protrarsi di tali attività e consentire di avviare azioni nei confronti dei soggetti coinvolti.

In conclusione, agli *hosting provider* è garantita un'esenzione da qualsivoglia azione fintanto che non vi è conoscenza di un illecito<sup>26</sup>. Quest'ultima, unitamente alla condotta omissiva (il non rimuovere, il non fornire le informazioni necessarie all'identificazione dell'autore ecc.), fanno cessare l'esenzione e divenire l'*hosting provider* responsabile *ex art.* 2055 cod. civ.<sup>27</sup>.

### 3. Sulla discussa necessità dell'ordine proveniente dall'autorità.

La Cassazione non sposa uno degli orientamenti già formati in tema di etero o auto tutela, ma interpreta l'art. 16 del Decreto in maniera originale. Il punto di partenza è il dato letterale dell'art. 14, lett. a), della Direttiva. Emerge che il presupposto costitutivo della responsabilità del *provider*, al verificarsi del quale viene meno la peculiare esenzione prevista dalla Direttiva, sia l'effettiva conoscenza della natura illecita dell'informazione trasmessa. Nel determinare il concetto di "ef-

nota di CASSANO-ROVATI, *La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d'autore altrui*. Per un'opinione scettica si veda FRIGERIO, *Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell'hosting provider attivo per violazione del diritto d'autore altrui*, in *Rivista di diritto dei media*, in corso di pubblicazione. Cfr. anche APP. MILANO, 7.1.2015, in *Riv. dir. ind.*, 2016, 166 ss., con nota di IASELLI, *Caso Yahoo! Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell'operato dell'internet provider*. Quest'ultima sentenza è anche in *Corr. giur.*, 2016, 811 ss. con nota di BASSOLI. Per un commento si veda anche CASCELLA, *Dieci decisi no ad una scomposta sentenza della Corte di Appello di Milano, ed una via di uscita*, in *Vita not.*, 2016, 29 ss.; CASTELLO, *Responsabilità del provider per violazione del diritto d'autore: la Corte d'Appello sconfessa anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto.it* del 6.2.2015; MULA, *La responsabilità del portale, commento a Corte App. Milano, sez. spec. impresa*, 7 gennaio 2015, in BIANCA, GAMBINO e MESSINETTI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social networks*, Giuffrè, 2016, 73 ss.

<sup>20</sup> CORTE GIUST.UE, 23.3.2010, cause riunite C-236/08 e C-238/08, *Google c. Louis Vuitton*, in *Dir. inf.*, 2010, 710 ss., con nota di SPEDICATO, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti del marchio altrui: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*, nonché in *Giur. it.*, 2010, 1604 ss., con nota di RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*; CORTE GIUST.UE, 12.7.2011, causa C-324/09, *L'Oréal e altri c. Ebay International AG e altri*, in *Dir. e giust.*, 2011. Con riferimento a quest'ultima controversia si veda FALLETTI, *I vestiti nuovi di eBay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su Internet?*, in *Dir. Internet*, 2008, 6, 570 ss.; NORDEMANN, *Liability of social networks for IP infringements (Latest news): the EU law regime after L'Oréal/eBay*, in *AIDA*, 2011, 499 ss.; RODEAN, *Responsabilità del gestore del mercato online per le violazioni ai diritti di marchio altrui*, in *Dir. pub. comp. ed europeo*, 2011, 4, 1594 ss.

<sup>21</sup> Il Digital Millennium Copyright Act statunitense, a cui la Direttiva si è ispirata, opta per tale modello. Per un approfondimento si veda RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit. 178 ss. e, nella dottrina statunitense, TUSHNET, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in *The George Washington Law*

*Review*, 2008, 76, 986 ss.

<sup>22</sup> Cfr. considerando 48 della Direttiva, a mente del quale la diligenza richiesta è quella «che è ragionevole attendersi ed è prevista dal diritto nazionale». Si giustifica così un richiamo all'art. 1176, comma 2°, cod. civ.

<sup>23</sup> In giurisprudenza si veda, *ex multis*, APP. ROMA, 19.2.2018; TRIB. BOLOGNA, 1.3.2019; TRIB. ROMA, 6.8.2018; TRIB. ROMA, 22.6.2018; TRIB. GROSSETO, 19.1.2016; TRIB. FIRENZE, 25.5.2012. In contesti più ampi si veda anche CASS., sez. un., 29.1.2015, n. 31022, cit.; CASS., 17.12.2013, n. 5107, cit. In dottrina, per una voce adesiva a tale orientamento, si veda BRAVO, voce «Commercio elettronico», in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 2012, 253 ss.; BUGIOLACCHI, *I presupposti dell'obbligo di rimozione dei contenuti da parte dell'hosting provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, cit.

<sup>24</sup> Per un approfondimento del tema cfr. BALKIN, *Free speech is a triangle*, in *Columbia law review*, 2018, 118, 7, ove l'a. ricorre alla figura geometrica del triangolo per descrivere questo nuovo contesto: non più a due voci (individuo e i soggetti pubblici), bensì a tre (individuo, soggetti pubblici e operatori web). Si veda anche VAN LOO, *The corporation as Courthouse*, in *Yale Journal on Regulation*, 2016, 33, 547 ss.; WISCHMEYER, *Making social media an instrument of democracy*, in *European Law Journal*, 2019, 25, 169 ss. A livello nazionale si veda BAS-SINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, cit.; BELLEZZA-POLICINO, *Tutela della privacy e protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete. Diritti fondamentali e prospettive di bilanciamento*, in MAZZARO e POLICINO (a cura di), *Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?*, Aracne, 2012; POLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 3, 1 ss.;

<sup>25</sup> Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè, 2018.

<sup>26</sup> Su questo specifico punto, si veda anche TRIB. NAPOLI, 4.11.2016, in *Dir. e giust.*, 9.11.2016.

<sup>27</sup> PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 253 ss.

fettiva conoscenza”, la Cassazione attinge ai principi del diritto interno, in base ai quali «un soggetto è giuridicamente a conoscenza di un evento ove ne sia stato reso edotto mediante mezzi di comunicazione scritta o verbale» (art. 1335 cod. civ.). Ne discende che, per il *provider*, l’effettiva conoscenza può derivare non solo da una comunicazione di parte ma anche *aliunde*, essendo sufficiente la mera notizia della lesione di un diritto altrui.

Se, da un lato, un onere di tal fatta potrebbe trovare giustificazione alla luce del principio, ormai di portata generale, del rischio d’impresa<sup>28</sup>, dall’altro va rilevato che l’impostazione seguita dalla Cassazione sembra contrastare con la *ratio* della Direttiva, che per assicurare l’espansione della società dell’informazione consente ai *provider* di non doversi dotare di strutture organizzative radicate e non richiede un monitoraggio strutturato. Ammettere che finanche la mera notizia da chiunque appresa faccia scattare per il *provider* l’obbligo di attivazione, equivale invece a costringere il *provider* a implementare dei sistemi di intercettazione (non più dei contenuti ma) di qualsiasi forma di comunicazione (in potenza anche di quelle a mezzo stampa); ciò, con l’ulteriore aggravio che, con riferimento alle comunicazioni formali, vi è la presunzione *iuris tantum* di conoscenza e, con riferimento alle altre forme di comunicazione, la prova della conoscenza potrà essere data con qualsiasi mezzo.

La mera comunicazione non è però l’unico elemento costitutivo della responsabilità dell’*hosting*. È altresì necessario che il contenuto segnalato (i) sia illecito e; (ii) che l’*hosting* non l’abbia tempestivamente rimosso<sup>29</sup>.

La sentenza in commento, mentre non interviene sulla tempestività della richiesta<sup>30</sup>, affronta il tema

dell’illiceità. In particolare, viene rilevata l’esistenza nella norma di un espediente che, avvalorato, evita al *provider* di essere arbitro dei conflitti tra due diritti equiordinati e soggetto pertanto al rischio di censura: l’illiceità in questione dev’essere manifesta. Il *provider* deve cioè rimuovere un contenuto soltanto là dove lo stesso, in applicazione dell’ordinario canone di diligenza professionale che a un *provider* può essere richiesta<sup>31</sup>, sia manifestamente illecito, da intendersi come «riscontrabile senza difficoltà» e quindi senza che sia necessario l’espletamento dei poteri e delle competenze di cui solo l’autorità è dotata. Nel caso in cui l’illiceità segnalata non sia manifesta, bensì potenziale, residuerà comunque in capo all’*hosting* l’obbligo di segnalare alle autorità le condotte in questione<sup>32 33</sup>.

Sul punto, va rilevata una significativa distinzione, formatasi in giurisprudenza, tra i presunti casi di violazione di diritti di proprietà intellettuale o industriale<sup>34</sup> e quelli di diffamazione<sup>35 36</sup>. Nei primi, una mera comunicazione di parte è solitamente idonea a dimostrare il carattere manifestamente illecito dei contenuti pubblicati<sup>37</sup>. Per i secondi, invece, occorre solitamente svolgere valutazioni più complesse al fine di accertare il carattere diffamatorio. Ciò accade, per esempio, nei casi in cui vi siano epiteti rivolti a personaggi pubblici nell’ambito di una discussione su temi politici. La giurisprudenza è infatti propensa a riconoscere un’ampia scriminante del diritto di critica in quanto l’art. 21 Cost. protegge il diritto di ogni individuo a esprimere liberamente il proprio pensiero, anche con critiche aspre e utilizzando un linguaggio che potrebbe essere percepito come offensivo (a condizione, ovviamente, che le affermazioni non arrivino a integrare gli estremi della diffamazione)<sup>38</sup>. In questi ultimi casi anche

<sup>28</sup> Cfr., CHIODI, *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d’impresa nel primo novecento*, in *Contr. e impr.*, 2015, 885 ss.

<sup>29</sup> La mancata tempestiva rimozione è considerata dalla Cassazione una condotta commissiva mediante omissione. Invero, il *provider* concorrere a tutti gli effetti nell’illecito altrui dal momento in cui, pur sussistendo l’elemento psicologico (i.e. l’effettiva conoscenza dell’illecito), non provvede di conseguenza. Si identifica quindi una posizione di garanzia dell’*hosting*. Su quest’ultimo punto, cfr. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità* on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down, in *Dir. inf.*, 2010, 829 ss.; MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.*, 2010, 779 ss.

<sup>30</sup> V. *supra*, nota 18.

<sup>31</sup> CORTE GIUST. UE, 12.7.2011, causa C-324/09, cit.

<sup>32</sup> Ciò non dovrebbe essere necessario nei casi in cui la segnalazione sia già stata effettuata da altri soggetti.

<sup>33</sup> Occorrerà attendere successive pronunce di merito per comprendere cosa accade nel momento in cui l’*hosting provider* compie un errore di valutazione e, invece che considerare un contenuto manifestamente illecito (e quindi rimuoverlo), lo ritiene potenzialmente illecito (e quindi si limita a segnalare la presenza alle autorità). Da un lato, ritenere la condotta colposa appare eccessivamente rigoristico se si considera che si tratta di un errore di giudizio compiuto nell’ambito di un accertamento che, a livello sistematico, compete alle autorità. Dall’altro, lasciando impregiudicati questi errori di giudizio, si consentirebbe al *provider* di sottrarsi a responsabilità segnalando alle autorità tutti i contenuti controversi.

<sup>34</sup> Per un approfondimento del tema si veda BELLA-BELLOMO-MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell’internet service provider per viola-*

*zioni del diritto d’autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 4, 346 ss.; BELLAN, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, in *Dir. ind.*, 2012, 3, 253 ss.; BELLEZZA-POLLICINO, cit.; FEROLA, *Diritto d’autore vs. diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equo bilanciamento nella rete. I casi Peppermint, FAPAV e Scarlet*, in PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella ‘rete’ della rete. Il caso del diritto d’autore*, Giappichelli, 2011; PIZZETTI, op. cit.; cit.; UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *Foro it.*, 2014, V, 3, 94 ss.

<sup>35</sup> Sulla diffamazione online si veda M. BIANCA-GAMBINO-MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016; FUMO, *La diffamazione mediatica*, Utet, 2012; PEZZELLA, *La diffamazione*, Utet, 2016.

<sup>36</sup> La maggior parte delle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dei *provider* concernono invero casi di diffamazione ovvero di violazione dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>37</sup> Nei casi in cui il soggetto titolare di un diritto di proprietà intellettuale leso allega la titolarità esclusiva dello stesso, l’illiceità della condotta in parola, salvo casi eccezionali, è quasi sempre manifesta. Si pensi proprio al caso – come quello in esame – in cui in una piattaforma gestita da un *hosting provider* circolino estratti di trasmissioni televisive di proprietà esclusiva della società di produzione multimediale. Ed è d’altronde questo il caso che ad oggi ha maggiormente impegnato i Tribunali italiani.

<sup>38</sup> Si vedano le seguenti pronunce, basate su un’interpretazione della nota sentenza della CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.2.2013, ric. 13471/05 e 38787/07, *Mengi vs. Turchia*: CASS., 24.1.2019, n. 7340, in *Guida al dir.*, 2019, 18, 77 ss.; CASS., 23.1.2019, n. 8828; CASS., 23.1.2019, n. 8422 e, con specifico riferimento alla diffamazione consumata su un

espressioni che *prima facie* sembrerebbero manifestamente illecite, potrebbero poi in sostanza non esserlo. Per l'*hosting provider* risulta quindi complesso comprendere il carattere (pur se manifestamente) illecito di un contenuto, ed è pertanto auspicabile l'intervento di un'autorità pubblica.

D'altronde, diversamente opinando, si correrebbe il rischio che l'*hosting provider* blocchi contenuti, sulla base di mere richieste di parte, anche a prescindere dalla fondatezza nel merito della doglianza. Ne deriverebbe un'inammissibile compressione di libertà costituzionalmente garantite, quali il diritto di critica, con l'ulteriore conseguenza di promuovere una surrettizia censura privata preventiva<sup>39</sup>, portatrice di ulteriori responsabilità<sup>40</sup>.

È per i motivi poc'anzi esposti che ad oggi, nell'ambito delle presunte violazioni dei diritti della personalità la giurisprudenza è conforme nel ritenere necessario l'ordine dell'autorità competente<sup>41</sup>. Auspicabilmente, la sentenza in commento, che d'altronde riguarda una violazione di diritti di proprietà intellettuale, non dovrebbe provocare ripensamenti.

## 4. Sulla necessaria identificazione dei contenuti controversi mediante l'indicazione dell'URL.

La pronuncia in esame ha chiarito che, allorquando il contenuto sia manifestamente illecito, qualsiasi co-

municazione è ritenuta sufficiente a far insorgere in capo all'*hosting provider* l'obbligo di rimozione; con conseguente responsabilità in caso di mancata ottemperanza<sup>42</sup>. Resta però da definire il contenuto che la comunicazione deve avere.

Anche sul punto si rinvergono due orientamenti: il primo<sup>43</sup> si fonda sull'assunto che, tecnicamente, l'URL è l'unico strumento in grado di consentire l'univoca individuazione, e l'intelligibilità, di un contenuto. Affinché l'*hosting provider* possa identificare un contenuto senza margini di errore (e quindi senza rischio di compiere un'illecita censura), è quindi indispensabile che sia a conoscenza dell'URL. In mancanza, il fornitore sarebbe inoltre tenuto a svolgere una ricerca proattiva sulla piattaforma offerta al fine di individuare il contenuto in questione, in contrasto con quanto previsto dal Decreto.

Il secondo orientamento<sup>44</sup>, che avvalorava un approccio funzionale, ritiene invece che non sia necessaria l'indicazione dell'URL (che d'altronde non è prevista dal Decreto) ma basti quella dei dettagli sufficienti a consentire all'*hosting provider* di identificare il contenuto avvalendosi dell'ordinaria diligenza.

Sul punto, le linee guida offerte dalla Cassazione, che sono in linea con l'orientamento della eurounitario<sup>45</sup>, si avvicinano maggiormente al secondo orientamento: andrebbe compiuta una verifica dei profili tecnico-informatici del *provider* in questione così da comprende-

*hosting provider*, CASS., 23.1.2019, n. 3148. Si veda, per pertinenza, anche CASS., 28.10.2011 n. 6481. Tutte le anzidette pronunce sono disponibili su *DeJure*. Tra le recenti, di merito, si veda TRIB. ROMA, 14.5.2019, proprio relativa a un caso di diffamazione compiuto su una piattaforma ospitata da un *hosting provider*.

<sup>39</sup> Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.6.2015, ric. 64569/09, *Delfi v. Estonia*. In commento a quest'ultima si veda BELLEZZA, *Delfi vs. Estonia – La libertà della rete è davvero in pericolo?*, in *Dir. al futuro*, 11.9.2013; VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. inf.*, 2014, 43 ss.

<sup>40</sup> Cfr. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. inf.*, 2018, 511 ss.

<sup>41</sup> Si veda, in questi termini, APP. ROMA, 19.2.2018, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 377 ss., con nota di BELLEZZA, *Responsabilità ISP: chi decide se un contenuto è diffamatorio?*; TRIB. BOLOGNA, 1.3.2019; TRIB. ROMA, 1.2.2019, in *Dir. Internet*, 2019, 2, in corso di pubblicazione, con nota di PALAZZOLO, *L'hosting provider tra libertà di impresa, diritto di critica e tutela della reputazione professionale*; TRIB. ROMA, 6.8.2018; TRIB. ROMA, 22.6.2018, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 1 ss. con nota di ANTONELLI, *Diffamazione tramite Facebook: la semplice segnalazione o diffida di un utente non obbliga il gestore a chiudere la pagina*.

<sup>42</sup> Nelle controversie analoghe a quella in commento (i.e. ove la disputa concerne una società di produzione multimediale e un *hosting provider*), alcune corti, ai fini della definizione dei risarcimenti, in mancanza di parametri economici specifici adattabili, hanno fatto riferimento al c.d. "prezzo del consenso" basandosi sui parametri di cui alla Relazione annuale AGCOM. Quest'ultima fa ampio riferimento ai ruoli degli operatori quali gli OTT, la web TV e i portali web che agiscono, però, come *content provider*. In proposito, si veda TRIB. ROMA, 15.2.2019, n. 3512, cit.; TRIB. ROMA, 10.1.2019, cit.; TRIB. ROMA, 27.4.2016, in *Dir. ind.*, 2016, 466 ss. con nota di CASSANO, *Sulla responsabilità del 'provider' per la diffusione abusiva in rete di opere audiovisive*. L'applicazione del parametro del prezzo del consenso anche con

riferimento ai rapporti tra *hosting provider* e gli altri operatori contemplati dalla relazione appare iniqua: alla luce del principio di indifferenza che caratterizza l'ordinamento interno, il rapporto di concorrenzialità, e quindi il danno risarcito, non può rilevarsi sulla base di approssimazioni, ed è senz'altro questione più complessa. Dalle analisi di mercato dell'AGCOM (la più recente è Allegato A alla delibera n. 41/17/CONS) risulta che perfino *pay* e *free* tv operino in mercati diversi (per portare un esempio: nemmeno Rai4 e Sky Atlantic sono nello stesso mercato, pur trasmettendo entrambe serie TV americane). Va da sé che l'applicazione dei parametri di cui alla Relazione AGCOM nei confronti di un soggetto ivi nemmeno contemplato e comunque che occupa una fetta di mercato totalmente estranea a quella delle trasmissioni televisive (a loro volta contenenti più settori di mercato diversi), è una forzatura inesatta. Una soluzione equa richiederebbe un test di succedaneità più pertinente, che tenga conto dei mercati rilevanti. Quanto invece alla definizione dei risarcimenti in materia di diffamazione, stante l'incompatibilità con l'ordinamento dei danni *in re ipsa*, la questione è ancor più complessa; v., *ex multis*, CASS., 19.2.2019, n. 4815; CASS., 23.5.2018, n. 12855; CASS., 16.4.2018, n. 9385, tutte in *DeJure*. Qualche interessante spunto, più in generale, si rinviene in BUSNELLI, *Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte*, in BUSNELLI e PATTI (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, 2013, 321 ss.

<sup>43</sup> APP. MILANO, 7.1.2015, cit.; TRIB. TORINO, 24.1.2018; TRIB. TORINO, 7.4.2017, in *Riv. di dir. dei media*, 1, 2017, 169 ss., con nota di FRIGERIO, *Il Tribunale di Torino interviene sulla responsabilità degli Internet Service Provider*; TRIB. TORINO 5.5.2014, in AIDA, 2015. Si veda anche TRIB. ROMA, 11.7.2011, in *Quaderni di diritto, Mercato e Tecnologia*, 2013, con nota di MULA, *Responsabilità del motore di ricerca nel caso About Elly: fraintendimenti informatici a base di una ordinanza (revocata)*, dal contenuto anomalo; quest'ultima revoca TRIB. ROMA, 22.3.2011, in *Danno e resp.*, 2011, 753 ss., con nota di RICCIO.

<sup>44</sup> APP. ROMA, 29.4.2017, in *DeJure*; TRIB. TORINO, 3.6.2015, in AIDA 2016.

<sup>45</sup> CORTE GIUST. UE, 12.7.2011, causa C-324/09, cit.

re, sulla base del meccanismo di funzionamento dello stesso, se i dati veicolati siano identificabili anche mediante un'indicazione generica ovvero sia necessaria la segnalazione dell'URL specifico. La questione richiede un accertamento di merito; pertanto, l'analisi del caso specifico è stata rimessa alla Corte d'Appello.

Se, di primo acchito, potrebbe apparire eccessivamente rigoristica la necessaria comunicazione dell'URL, sorgono perplessità a una più attenta analisi del dato reale: gli operatori odierni veicolano miliardi di contenuti e, dal momento in cui una segnalazione viene inviata a quando viene processata, altri miliardi potrebbero esserne pubblicati. Nel *mare magnum* di contenuti può essere particolarmente oneroso per un *provider* identificare quello controverso, a maggior ragione nel caso limite in cui vi sia una concentrazione di contenuti sulla medesima pagina *web* e quello manifestamente illecito sia soltanto uno. Anche sotto tale profilo, potrebbe emergere la necessità di non imporre al *provider* un obbligo di sorveglianza: non è infatti ragionevole né in linea con i principi di cui al Decreto pretendere che un *hosting provider*, per definizione fondato su meccanismi automatizzati, ricerchi contenuti solo genericamente indicati da un soggetto su cui grava invece l'onere della prova. È probabilmente in applicazione di tale principio che anche il legislatore, nelle norme più recenti, ha previsto l'obbligatoria indicazione degli URL nella segnalazione di contenuti *web*<sup>46</sup>; ed è alla luce di tali principi che dovrebbe essere letta la norma in esame<sup>47</sup>.

## 5. Sull'inibitoria volta a impedire future violazioni.

Nella pronuncia in esame, la Cassazione riconosce che l'*hosting provider* non è tenuto a vigilare in modo preventivo e continuativo sui contenuti pubblicati dagli utenti. Tuttavia, al termine della sentenza, il Collegio sancisce la legittimità di un ordine che cozza con detto principio: si tratta dell'ordine che impone all'*hosting provider* di rimuovere automaticamente i futuri

contenuti illeciti dello stesso tipo di quelli già segnalati.

Posto che non viene chiarito cosa debba intendersi per "stesso tipo", la lettera dell'art. 17 del Decreto è chiara: non può sussistere in capo al *provider* alcun obbligo di monitorare proattivamente il servizio offerto alla ricerca di potenziali nuove violazioni. Un ordine relativo a future pubblicazioni sarebbe legittimo solo se interpretato in modo che sia comunque necessaria un'ulteriore segnalazione. Diversamente opinando, si costringerebbe l'*hosting provider* a implementare dei sistemi di filtraggio<sup>48</sup>, in violazione con i capisaldi della Direttiva e con argomentabile lesione della libertà d'impresa<sup>49</sup>. D'altronde, proprio in applicazione di tali principi la Corte Giust. UE, nei noti casi Sabam<sup>50</sup>, ha riconosciuto che «la direttiva sul commercio elettronico vieta alle autorità nazionali di adottare misure che obblighino un ISP a procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso trasmette sulla propria rete, poiché l'ingiunzione in questione obbligherebbe l'ISP a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale, tale imposizione non è conforme alla direttiva comunitaria. Un simile meccanismo lederebbe anche i diritti fondamentali degli utenti, in particolare il loro diritto alla tutela dei dati personali e la loro libertà di ricevere o di comunicare informazioni».

## 6. Sull'*hosting provider* attivo.

Una delle prime pronunce interne ad aver fatto ricorso alla figura dell'*hosting provider* attivo è del Tribunale di Milano, proprio nella controversia giunta in Cassazione con la pronuncia qui commentata<sup>51</sup> 52.

È soprattutto da tale pronuncia che origina il vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale dal quale emergono due orientamenti relativi alla configurabilità dell'*hosting provider* attivo.

Secondo l'orientamento cui appartiene la pronuncia del Tribunale di Milano, ad oggi maggioritario<sup>53</sup> 54,

<sup>46</sup> Il riferimento è all'art. 2 della l. n. 71/2017 (recante disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione e il contrasto del fenomeno del cyberbullismo).

<sup>47</sup> E nei casi limite, come quello della concentrazione di contenuti, che emerge la tenuta delle categorie normative. L'interprete ridisegna i confini delle norme interpretandole alla luce dei principi. Alla luce del principio che prevede che il *provider* non sia tenuto a monitorare proattivamente la piattaforma offerta, attribuire alla norma in esame il significato che l'URL sia necessario sembra non solo ragionevole ma anche coerente dal punto di vista sistematico. Sull'elasticità delle categorie si veda DEL PRATO, *Categorie civilistiche e postmodernità*, in *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, 2016, 1., ora anche in ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, 2018, 177 ss.

<sup>48</sup> V. FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in AIDA, 2010, 340 ss.

<sup>49</sup> Cfr. TRIB. ROMA, 13.12.2011, *Dir. inf.*, 2012, 462, con nota di MERLA, *Attività di 'filtraggio' dei contenuti online, diritti di privacy e libertà di impresa*.

<sup>50</sup> CORTE GIUST. UE, 24.11.2011, causa C-70/10, *cit.*; CORTE GIUST. UE, 16.2.2012, causa C-360/10, *cit.* In senso difforme si veda

l'opinione dell'avvocato generale Maciej Szpunar nelle conclusioni alla causa C-18/18.

<sup>51</sup> TRIB. MILANO, 9.9.2011, n. 10893, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 364 ss., con nota di SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite internet: la responsabilità degli internet service provider*.

<sup>52</sup> Sull'insorgere della figura dell'*hosting provider* attivo si rinvia in BASSINI, *Mambo Italiano: the Italian perilous way on ISP liability*, *cit.*

<sup>53</sup> In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, TRIB. ROMA, 15.2.2019, *cit.*; TRIB. ROMA, 10.1.2019, *cit.* TRIB. MILANO, 8.5.2017, in *DeJure*; APP. ROMA, 29.4.2017, in *DeJure*; TRIB. ROMA, 5.5.2016, in *DeJure*; TRIB. ROMA, 27.4.2016, *cit.*; TRIB. TORINO, 23.6.2014; TRIB. ROMA, 20.10.2011, in AIDA, 2012, 1509, 772 ss.; TRIB. MILANO, 9.9.2011, *cit.*; TRIB. ROMA, 17.8.2011 (RTI c. Rojadirecta); TRIB. ROMA, 11.7.2011; TRIB. ROMA, 7.6.2011, in *Dir. inf.*, 2011, 660 ss.; TRIB. MILANO, 19.5.2011; TRIB. MILANO, 20.1.2011; TRIB. ROMA, 16.12.2009, in *Dir. inf.*, 2010, 275 ss., con nota di GUIDOBALDI, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*. Cfr. inoltre TRIB. MILANO 20.1.2011 e TRIB. MILANO 19.5.2011, entrambe commentate da SARACENO, *In tema di diritto*



l'evoluzione tecnologica ha creato una figura di *hosting provider* non concepibile ai tempi della Direttiva<sup>55</sup>. In particolare, mentre la Direttiva è stata elaborata immaginando un *hosting provider* che si limita a fornire passivamente la piattaforma, l'evoluzione tecnologica ha dato vita a un nuovo *hosting provider* che interagisce con i contenuti in maniera attiva, con operazioni atte a conferire una conoscenza o un controllo dei dati processati quali la selezione, la riorganizzazione e la riellaborazione.

Per tale interazione, si presume che l'*hosting provider* attivo disponga degli strumenti per rintracciare i contenuti trattati e non possa pertanto godere delle esenzioni di responsabilità di cui alla Direttiva in maniera piena, ma con le seguenti precipue eccezioni: (i) non è necessaria la comunicazione dell'autorità né l'indicazione dell'URL al fine di garantire l'effettiva conoscenza dell'*hosting provider* attivo<sup>56</sup>; e (ii) è legittimo imporre l'inibitoria relativa alle future violazioni<sup>57</sup>. Residua soltanto l'esenzione, espressione d'altronde di un

principio oramai generale, dall'obbligo di compiere una verifica preventiva del materiale immesso dagli utenti<sup>58</sup>.

Nel riconoscere la figura dell'*hosting provider* attivo, la giurisprudenza italiana si basa su una discussa<sup>59</sup> interpretazione dell'orientamento giurisprudenziale eurounitario<sup>60</sup>, in base al quale l'esenzione di responsabilità in tanto ha ragione di esistere in quanto il *provider* rispetti il parametro stabilito al considerando n. 42 della Direttiva<sup>61 62</sup>, paradigma cui le corti interne dovrebbero fare riferimento nel valutare sull'esenzione di responsabilità. Ne consegue che, affinché l'*hosting provider* possa godere appieno dell'esenzione, è necessario che l'attività svolta sia meramente tecnica, automatica e passiva.

Secondo un diverso orientamento<sup>63</sup>, minoritario in giurisprudenza ma ampiamente condiviso in dottrina<sup>64</sup>, l'*hosting provider* attivo non trova cittadinanza giuridica nel nostro sistema per tre motivi.

d'autore e internet, in *Giur. it.*, 2012, 839 ss. Sebbene rilevi solo in via indiretta (la controversia concerne invero un caso di responsabilità penale legato all'illecito trattamento dei dati) è opportuno dar conto anche del noto caso *Google c. Vivi Down*: TRIB. MILANO, 24.2.2010; APP. MILANO, 12.12.2012; CASS., 17.12.2013, n. 5107, *cit.* Per un approfondimento dottrinale di quest'ultima controversia si veda: APA-POLICINO, *cit.*; CAMERA-POLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google-Vivi Down*, Egea, 2011; DE AZEVEDO CHUNA-SARTOR, *The Italian Google-Case: privacy, freedom of speech and responsibility of providers for user-generated contents*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2010, 18, 356 ss.; DE LUCA-TUCCI, *cit.*

<sup>54</sup> In dottrina si veda, *ex multis*, CASSANO-CIMINO, *cit.*; IASELLI, *cit.*; TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, *cit.*

<sup>55</sup> Le tempistiche con cui il contesto tecnologico si evolve, 15 anni, ovvero il tempo trascorso tra l'emanazione della Direttiva e il sorgere del dibattito che ha portato all'ideazione dell'*hosting provider* attivo, rappresentano senz'altro un arco temporale rilevante. E tuttavia, si potrebbe anche rilevare che non si può pretendere che il legislatore rincorra l'evoluzione tecnologica. Date le categorie normative; i confini delle stesse vanno adattati alla realtà mediante i principi, che però non possono stravolgere il dato positivo. Per un approfondimento, che in questa sede sarebbe soverchio, si rimanda a DEL PRATO, *Categorie civilistiche e postmodernità*, *cit.* Ciò premesso, va comunque rilevato che sono numerosi gli autori che auspicano una riforma della disciplina. Cfr., per esempio, DI TANO, *cit.*; ROSSELLO, *Riflessioni di iure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Dir. inf.*, 2010, 617 ss.; SCANNICCHIO-VECCHIO, *cit.*; STALLA-BOURDILLON, *Internet intermediaries as responsible actors? why it is time to rethink the e-commerce directive as well in TADDEO-FLORIDI, The responsibilities of online service providers*, Springer, 2017. A margine va rilevato che, sebbene, allo stato, non vi sia nell'agenda degli organi dell'UE un progetto di riforma, la nuova Direttiva *copyright* potrebbe avere un importante impatto sulla disciplina. L'analisi risulterebbe sovrabbondante in questa sede. Per un primo commento si veda ALBERTINI, *La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei provider) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. trilogue*, in *Riv. di dir. dei media*, 2019, 2, 1 ss.; GHIDINI, *La Direttiva Copyright*, in *Dir. Internet*, 2019, 2, in corso di pubblicazione; LA ROSA, *Riforma del copyright: le novità della direttiva europea*, in *Diritto24* del 27.3.2019. In breve, la nuova direttiva introduce una nuova categoria, definita *online content sharing service provider*, che rappresenta i gestori di piattaforme che condividono

una grande quantità di contenuti (la definizione è piuttosto ambigua. La *ratio* è ricomprendervi gli operatori dominanti, es. YouTube). Al verificarsi di determinate condizioni (condivisione ai fini lucrativi, attività di *storage* e *sharing*, attiva categorizzazione dei contenuti ecc.), l'operatore non godrebbe del regime di responsabilità di cui al Decreto, bensì di quello ordinario.

<sup>56</sup> *Ex multis*, APP. ROMA, 29.4.2017, *cit.*

<sup>57</sup> TRIB. ROMA, 27.4.2016, *cit.*

<sup>58</sup> *Ex multis*, TRIB. MILANO, 9.9.2011, *cit.*

<sup>59</sup> Cfr. APA-POLICINO, *cit.*; BASSINI, *Mambo Italiano: the Italian perilous way on ISP liability*, *cit.*

<sup>60</sup> Per una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale si rimanda a DINWOODIE, *Secondary Liability of internet service provider*, Springer, 2017. Rilevano qui, precipuamente, CORTE GIUST. UE, 23.3.2010, cause riunite C-236/08 e C-238/08, *cit.* e CORTE GIUST. UE, 12.7.2011, causa C-324/09, *cit.* Nei medesimi termini si è espressa CORTE GIUST. UE, 7.8.2018, causa C-521/2017, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. D.M.* in *Contratti*, 2018, 5, 621 ss. Per un commento alla stessa si veda SCANNICCHIO-VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'hosting attivo*, in *Filodiritto.com* (<https://www.filodiritto.com/articoli/2019/01/i-limiti-della-neutralita-la-corte-di-justizia-e-l-eterno-ritorno-dellhosting-attivo.html>). Si veda anche CORTE GIUST. UE, 14.6.2017, causa C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV e XS4ALL Internet BV*, annotata da SCUDE-RI, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*, in *Diritto Mercato Tecnologia* del 30.7.2018.

<sup>61</sup> «Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

<sup>62</sup> Conferma la possibilità di applicare il considerando n. 42 anche agli *hosting*, CORTE GIUST. UE, 11.9.2014, causa C-291/13, *Papasavvas c. Fileleftheros*, in *Giur. Cost.*, 2014, 4088 ss. con nota di MASTROIAN-NI.

<sup>63</sup> APP. MILANO, 7.1.2015, *cit.* Per un commento sull'impatto della pronuncia in parola si veda BASSINI-POLICINO, *Evoluto ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting provider*, in *Diritto24* del 25.1.2015.

<sup>64</sup> Si veda, *ex multis*, APA-POLICINO, *Modeling the liability of internet service provider: Google vs. Vivi Down. A constitutional perspective*, *cit.*;



In primo luogo, non vi è alcuna norma che espressamente lo preveda<sup>65</sup>.

In secondo luogo, lo sviluppo degli *hosting provider* mediante l'implementazione di tecnologie più avanzate, non può condurre al risultato di sottrarre l'*hosting* all'applicazione piena dell'esenzione di responsabilità. Infatti, l'esenzione è stata stabilita dal legislatore proprio al fine di favorire detto sviluppo. Interpretare la Direttiva in modo che, una volta raggiunto un determinato grado di sviluppo, l'applicazione stessa della Direttiva venga meno, vorrebbe dire vanificare il *favor* comunitario. Inoltre, la Direttiva è stata immaginata in un'epoca in cui gli *hosting provider* aggregavano pochi contenuti: era inimmaginabile, all'epoca, pensare che i *provider* avrebbero veicolato, come oggi accade, miliardi di contenuti. La conseguenza fisiologica di tale evoluzione è stata l'implementazione delle tecnologie utilizzate, con la conseguente adozione di sistemi di indicizzazione, organizzazione, ricerca dei contenuti e così via<sup>66</sup>. Considerato il livello tecnologico raggiunto, oggi pressoché tutti gli operatori adottano queste tecnologie. E ritenendo che ciò sia sufficiente a limitarne l'esenzione di responsabilità si realizzerebbe un'abbondante *interpretatio abrogans*<sup>67</sup>. Infine, viene rilevato che la costruzione normativa di cui alla Direttiva non è certo la constatazione di un dato della realtà tecnologica, quanto piuttosto espressione di un *favor* indistinto per tutti gli *hosting provider*, basato sul generale esonero di responsabilità fintanto che non vi è *denuntiatio* delle condotte illecite.

In terzo luogo, viene contestata l'interpretazione della giurisprudenza della Corte Giust. UE compiuta dal primo orientamento. In particolare, da una lettura piana delle pronunce eurounitarie richiamate, emerge che gli interventi della Corte Giust. UE non hanno introdotto in via pretoria un nuovo tipo di *service provider*, soggetto a una disciplina peculiare. Non si rinviene infatti nemmeno in queste pronunce un esplicito riferimento all'*hosting provider* attivo, ed invero, la figura

dell'*hosting provider* attivo si è affermata, ad oggi, solo in Italia<sup>68</sup>. Queste avrebbero invece semplicemente riaffermato la *ratio* che ha condotto il legislatore a riconoscere l'esenzione di responsabilità: se l'intermediario si limita alla memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio, l'attività sarà di *hosting provider*; se, invece, l'intermediario non è tale ma processa costantemente, e manipola, i dati acquisiti, l'applicazione dei benefici della Direttiva va integralmente (e non parzialmente) esclusa, in favore del regime ordinario<sup>69</sup>. Ciò che rileva ai fini dell'applicazione delle esenzioni derivanti dalla Direttiva sarebbe, in via esclusiva, l'esistenza di attività editoriali: l'*hosting provider* evoluto, quando processa i contenuti ospitati in guisa da non analizzarne la natura, si atteggia comunque come mero intermediario, e perciò gode dell'esenzione di responsabilità; diversamente, l'*hosting* che compie attività editoriali diviene *content* (responsabile secondo i canoni della responsabilità aquiliana). Si presenta, quindi, la bipartizione *hosting-content*.

Nella pronuncia in commento, la Cassazione sposa il primo orientamento<sup>70</sup>, rendendolo tuttavia ancor più rigoroso agli occhi dell'*hosting provider* attivo, il quale non godrebbe di alcuna speciale esenzione di responsabilità ma risponderebbe in concorso con l'autore principale là dove si realizzino le condizioni di cui ai generali della responsabilità aquiliana. Sembrerebbe in sostanza che l'*hosting provider* attivo sia soggetto al medesimo regime del *content provider*, con la sola differenza che la condotta illecita non è editoriale e propria, ma è quella altrui, e vi è quindi concorso.

La Cassazione fornisce poi gli indici che determinano la linea di demarcazione tra *hosting provider* passivo e attivo (*rectius*, tra *hosting provider* passivo e gli altri *provider* che non godono delle esenzioni di responsabilità derivanti dalla Direttiva), consistenti in ciò, che è *hosting provider* attivo il fornitore che compie le seguenti attività «a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti»: «filtro, selezione, indicizzazione, orga-

BASSINI, Mambo Italiano: the Italian perilous way on ISP liability, cit.; BOCCHINI, La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti, in *Giur. it.*, 2017, 638 ss.; BUGIOLACCHI, Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'*hosting provider*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1261 ss.; SCANNICCHIO-VECCHIO, cit.; ZINCONE, Hosting attivo e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'*internet service provider*, in *Dir. aut.*, 2012, 149 ss.

<sup>65</sup> Il fatto che sia una figura di origine pretoria non è in discussione.

<sup>66</sup> In questi termini anche BUGIOLACCHI, Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'*hosting provider*, cit.

<sup>67</sup> SCUDERI, cit.

<sup>68</sup> BUGIOLACCHI, Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'*hosting provider*, cit.

<sup>69</sup> APP. MILANO, 7.1.2015, cit. Rilevano in proposito anche due pronunce del Tribunale di Torino, le quali, pur riconoscendo concettualmente la nozione di *hosting provider* attivo, ne delimitano fortemente la portata ai casi in cui il *provider* «non si limita a un mero ruolo di intermediario fra due soggetti distanti mettendo a disposizione la propria

piattaforma tecnologica, ma rielabora o partecipa alla redazione del contenuto intermediario». In particolare, il Tribunale di Torino chiarisce che tale previsione si fonda su due motivi: (i) i considerando n. 43 e 44 della Direttiva, sebbene inerenti al *mere conduit* e al *caching*, possono *mutatis mutandis* applicarsi anche agli *hosting provider*; (ii) la neutralità del *provider* cessa logicamente di esistere nel momento in cui esso interviene nei contenuti ospitati, alterando la natura stessa dell'*hosting provider* neutrale. In sostanza, le operazioni richieste per qualificare il *provider* come attivo sono molto simili a quelle compiute del *content provider*; l'orientamento è quindi piuttosto una via di mezzo tra il primo esposto e quello in analisi. Cfr. TRIB. TORINO, 24.1.2018; TRIB. TORINO, 7.4.2017, cit.

<sup>70</sup> Nel riconoscere l'*hosting provider* attivo, la Cassazione – oltre a citare i precedenti della Corte Giust. UE menzionati dianzi e alla relativa interpretazione del considerando 42 – ha altresì fatto ampio riferimento alle intenzioni *de iure condendo* del legislatore eurounitario. Il riferimento, in particolare, è alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale COM (2016) 593. Tuttavia, non si vede come un'opinione *de iure condendo* possa influenzare una decisione fondata sul diritto positivo.

nizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentare la fidelizzazione». Sono i cd. «indici di interferenza», in presenza dei quali si presume venga meno la passività del *provider* a causa delle peculiari attività compiute sui dati trattati.

La pronuncia non fornisce però ulteriori elementi per comprendere i lineamenti di responsabilità dell'*hosting provider* attivo. Ciò in quanto, dopo aver riconosciuto cittadinanza giuridica all'*hosting provider* attivo, il Collegio ritiene che nel caso in esame non si rinvergonno gli indici di interferenza testé esposti. L'intervento maggiormente incisivo è quindi in tema di disciplina dell'*hosting provider* passivo.

Ebbene, anche nei confronti dell'*hosting provider* passivo si attua una linea rigoristica: vengono invero sposati pressoché tutti gli orientamenti maggiormente restrittivi trattati sopra. Ne consegue, quale sintesi di quanto dianzi esposto, che l'esenzione di responsabilità viene meno al verificarsi delle seguenti condizioni: (i) l'*hosting* è in qualsiasi modo giunto a conoscenza dell'illecito in questione; (ii) l'illiceità è manifesta alla stregua del grado di diligenza richiesto all'*hosting*<sup>71</sup>; e (iii) vi è concreta possibilità per il *provider* di attivarsi, in quanto informato in modo sufficientemente specifico dei contenuti controversi. Viene poi sì ribadito il principio cardine del peculiare regime di responsabilità in analisi (approntata *ex post* e dalla quale pertanto non emerge alcun obbligo di sorveglianza generale e preventiva) ma, in contraddizione rispetto a ciò, si ritiene coerente con il sistema l'emissione di ordini inibitori relativi a violazioni future.

## 7. Conclusioni.

Il rigido intervento della Suprema Corte non convince appieno<sup>72</sup>: l'esenzione di responsabilità è stata prevista per favorire lo sviluppo degli *internet service provider* e, tramite ciò, lo sviluppo di uno spazio libero di comunicazione e di informazione. L'arresto in analisi riserverebbe invece un trattamento di sfavore al *provider* evoluto. Paradossalmente, all'operatore potrebbe quindi convenire mantenere una piattaforma poco evoluta. La conseguenza è che invece di incoraggiare l'affermarsi di uno spazio di comunicazione armonico, se ne favorisce uno in cui i *provider* non svolgano un ruolo nemmeno nel contrasto di quei fenomeni che rappresentano gli aspetti negativi dello sviluppo del *web*, come le *fake news* e i discorsi d'incitamento d'odio (c.d. *hate speech*)<sup>73</sup>. E ciò è tanto più iniquo se si considera che le stesse autorità chiedono ai *provider* di essere maggiormente attivi in tal senso<sup>74 75</sup>.

Un ultimo rilievo a livello sistematico. La Cassazione ha ritenuto che il servizio di *hosting* in questione fosse di tipo passivo; non ha quindi delineato compiutamente il regime di responsabilità dell'*hosting provider* attivo. In mancanza di previsioni normative cui fare riferimento (il richiamo ai canoni generali della responsabilità aquiliana non può essere sufficiente a disciplinare una materia tanto peculiare (c'è il rischio che emergano numerose lacune da colmare in via analogica. La più evidente concerne l'onere di provare la natura attiva, o passiva, dell'*hosting provider*. Secondo le regole generali, ciò spetterebbe al titolare del diritto leso<sup>76</sup>. Tuttavia, in applicazione del principio della vicinanza alla prova, si potrebbe ipotizzare pure un'inversione dell'onere a carico dell'*hosting provider*, così costretto a svelare i propri meccanismi di funzionamento, che spesso rappresentano il principale valore economico

<sup>71</sup> Dall'illiceità potenziale scaturisce invece l'obbligo di segnalare la condotta alle autorità.

<sup>72</sup> Dai primi commenti focalizzati sulla questione in analisi emerge un contrasto in dottrina. Accoglie con entusiasmo la pronuncia della Cassazione, PANETTA, cit. Solleva invece delle perplessità BASSINI, *La Cassazione convalida la figura del provider attivo. Quando l'interprete si fa legislatore*, in *Rivista di diritto dei media*, in corso di pubblicazione.

<sup>73</sup> Su entrambi i temi si veda PITRUZZELLA-POLLICINO-QUINTARELLI, *Parole e Potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Egea, 2017. Con specifico riferimento ai discorsi d'incitamento d'odio si veda ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. e dir.*, 2017, 41 ss. Sulle *fake news*, SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, il Mulino, 2017.

<sup>74</sup> Si vedano le indicazioni della Comunicazione della Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, richiamata dalla pronuncia in esame per giustificare il riconoscimento dell'*hosting provider* attivo: «Alla luce della centralità del loro ruolo e delle loro capacità, nonché delle loro responsabilità in materia, le piattaforme online dovrebbero adottare misure proattive efficaci volte a individuare e rimuovere i contenuti illegali online e non solo limitarsi a reagire alle segnalazioni ricevute. Inoltre per certe categorie di contenuti illegali l'obiettivo di ridurre il rischio di un danno grave potrebbe non essere conseguibile pienamente in assenza di misure proattive delle piattaforme. La Commissione ritiene che l'adozione di tali misure proattive volontarie non comporti automaticamente la perdita da parte della piattaforma online del beneficio della deroga in materia di responsabilità

di cui all'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico». Si veda anche la delibera AGCOM N. 141/19/CONS, con la quale si ordina anche ai *social network* di astenersi dal diffondere i risultati di sondaggi politico elettorali nei quindici giorni antecedenti alle consultazioni per le elezioni europee e si chiede quindi un ruolo attivo nella vicenda. In maniera ancora più generale si consideri che l'AGCOM, con la delibera 423/17/CONS, ha istituito il «Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali», espressamente finalizzato a favorire e promuovere l'autoregolamentazione delle piattaforme per l'individuazione ed il contrasto dei fenomeni di disinformazione online. Sarebbe un paradosso, da un lato, promuovere l'autoregolamentazione e, dall'altro, prevedere un regime di maggior severità nei confronti di chi ha ottemperato alle raccomandazioni delle autorità. In proposito, va segnalata Cons. STATO, 25.6.2019, n. 4359, la quale esclude che un'autorità possa imporre all'*hosting provider* passivo delle condotte che lo riqualificherebbero come attivo.

<sup>75</sup> Si potrebbe inoltre argomentare che, se la linea dura dettata dalla pronuncia in commento trovasse applicazione generalizzata nelle corti interne, gli operatori del mercato potrebbero considerare l'ordinamento italiano ostile. Si veda in proposito l'analisi di SCANNICCHIO, *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*, cit.

<sup>76</sup> Qualora la materia del contendere vertesse su presunte violazioni del diritto d'autore, andrebbe altresì chiarito se trovi applicazione, con riferimento specifico alla natura del *provider*, il regime privilegiato di cui agli artt. 156-bis e 156-ter del d. legis. N. 140/2006 e della dir. n. 48/2004 CE che il d. legis. recepisce.

dei *provider*. La soluzione della questione non può che avvenire sulla base di una valutazione da compiersi caso per caso, con pregiudizio (ulteriore) della calcolabilità del diritto.

CASS. CIV., I sez., 19.3.2019, n. 7708 – GENOVESE *Presidente* – NAZZICONE *Estensore* – Reti Televisive Italiane S.p.A. (avv.ti Previti, Assumma, La Rosa e Lepri) – Yahoo! Inc. (avv.ti Colella e Orsingher) e Yahoo! Italia S.r.l. (avv.ti Colella, Consolo e Consonni) – Cassa con rinvio App. Milano, 7.1.2015, n. 29.

RESPONSABILITÀ CIVILE – RESPONSABILITÀ DEGLI *INTERNET SERVICE PROVIDER* – *HOSTING PROVIDER* – *HOSTING PROVIDER* ATTIVO – ESENZIONE DI RESPONSABILITÀ – ESCLUSIONE (cod. civ., art. 2043; d. legis., 9.4.2003, n. 70, art. 16)

L'*hosting provider* attivo è il prestatore di servizi della società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone invece in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'art. 16 d. legis. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni. Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'*hosting provider*, prevista dall'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure aliunde; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere. Resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, od, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo "url", alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti.

dal testo:

**Il fatto.** La sentenza non definitiva del Tribunale di

Milano del 9 settembre 2011, n. 10893, accertò la violazione del diritto d'autore di R.T.I. s.p.a. da parte di Yahoo Italia s.p.a., attuata mediante la diffusione sul proprio "portale video" di filmati tratti da vari programmi televisivi in titolarità dell'attrice, quale produttore di opere audiovisive e di sequenze di immagini in movimento, su cui vanta diritti esclusivi, nonché esercente l'attività di emissione radiofonica o televisiva, inibendone l'ulteriore diffusione, con una penale per ogni violazione e per ogni giorno di protrazione dell'illecito, rimettendo la causa sul ruolo per l'ulteriore istruttoria in ordine alla domanda di risarcimento del danno. Il Tribunale rigettò, invece, le domande proposte contro Yahoo Inc.

La Corte d'appello di Milano con sentenza del 7 gennaio 2015, n. 38, accogliendo l'impugnazione proposta da Yahoo Italia s.r.l., ha respinto anche le domande proposte da R.T.I. s.p.a. contro Yahoo Italia s.r.l.

La corte territoriale ha ritenuto che Yahoo Italia s.r.l., quale mero prestatore di servizi di ospitalità di dati, cd. *hosting provider*, non dovesse rispondere delle violazioni eventualmente commesse dai soggetti richiedenti i servizi in danno dei titolari delle opere protette dal diritto d'autore, in quanto mero intermediario che, senza proporre altri servizi di elaborazione dati, offre ai propri clienti un mero servizio di accesso a siti.

Avverso questa sentenza viene proposto ricorso per cassazione dalla soccombente, sulla base di dodici motivi.

Resiste con controricorso l'intimata.

(*Omissis*).

**I motivi.** 1. (*Omissis*).

4. – I primi due motivi del ricorso: inquadramento della figura del cd. *hosting provider* attivo.

I primi due motivi del ricorso, da trattare insieme per l'intima connessione, ripropongono la figura del cd. *hosting provider* attivo.

Sostiene la ricorrente che controparte, nei fatti, non prestasse un mero servizio di *hosting provider*, il quale gode dello speciale regime di responsabilità D.Lgs. n. 70 del 2003, ex art. 16, desunto dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, ma invece un servizio di "hosting provider attivo", che si pone fuori dall'ambito di applicazione della direttiva medesima, criticando la sentenza impugnata per avere respinto la stessa nozione.

4.1. – (*Omissis*).

4.2. – La giurisprudenza della Corte UE.

La giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha accolto la nozione di "hosting provider attivo", riferita a tutti quei casi che esulano da un'attività dei prestatori di servizi della società dell'informazione (che) sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi", mentre "(p)er contro, tali limitazioni di responsabilità non sono applicabili nel caso in cui un prestatore di servizi della società dell'informazio-

ne svolga un ruolo attivo”, richiamando a tal fine il considerando 42 della direttiva (Corte di giustizia UE 7 agosto 2018, *Cooperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, C-521/17, punti 47 e 48, relativa alla responsabilità di un privato, prestatore di servizi di locazione e registrazione di indirizzi IP che consentivano di utilizzare anonimamente nomi di dominio e siti internet: egli aveva registrato circa 38.000 nomi di dominio internet, che utilizzavano illecitamente segni identici ai marchi appartenenti ad alcuni suoi membri, nonché siti internet sui quali erano illecitamente vendute merci recanti tali segni; Corte di giustizia UE 11 settembre 2014, C-291/13, *Sotiris Papasavvas*, spec. p. 44; Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, cit., punti 112, 113, 116, 123, con riguardo al gestore di un mercato online, il quale svolge un “ruolo attivo” allorché presta un’assistenza che consiste nell’ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o nel promuoverle; Corte di giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, *Google c. Luis Vuitton*, punti 112, 113, 114 e 120).

Con l’ovvia precisazione che la disposizione di cui all’art. 14, comma 1, della direttiva 2000/31/CE deve essere “interpretata non soltanto in considerazione del suo tenore letterale, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte” (Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, cit. punto 111).

(*Omissis*).

La Comunicazione della Commissione Europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata “Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online”, ha preso parimenti atto dell’orientamento della Corte di giustizia, secondo cui la deroga alla responsabilità di cui all’art. 14 della direttiva è disponibile solo per i prestatori di servizi di hosting “che non rivestono un ruolo attivo” (p. 11).

Detta nozione può ormai ritenersi, dunque, un ap-prodo acquisito in ambito comunitario.

(*Omissis*).

4.3. – Riconducibilità al concorso attivo di persone nell’illecito.

La distinzione tra hosting provider attivo e passivo può, a ben vedere, agevolmente inquadrarsi nella tradizionale teoria della condotta illecita, la quale può consistere in un’azione o in un’omissione, in tale ultimo caso con illecito omissivo in senso proprio, in mancanza dell’evento, oppure, qualora ne derivi un evento, in senso improprio; a sua volta, ove l’evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l’illecito commissivo mediante omissione in concorso con l’autore principale.

La figura dell’hosting provider attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso.

(*Omissis*).

Gli elementi idonei a delineare la figura o “indici di interferenza”, da accertare in concreto ad opera del

giudice del merito, sono – a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti – le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l’adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l’effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

4.4. – Infondatezza dei primi due motivi.

Ciò posto, i primi due motivi sono infondati.

Per quanto sinora esposto, non può essere condivisa la sentenza impugnata, laddove già in astratto rifiuta la figura di hosting provider attivo: sebbene sia sufficiente correggerne la motivazione, ai sensi dell’art. 384 c.p.c., comma 4, essendo la decisione impugnata conforme a diritto.

La sussunzione della situazione concreta nella fattispecie astratta del D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, come operata dalla sentenza impugnata, che esclude siano ravvisabili i requisiti del cd. hosting attivo, è invero condivisibile.

(*Omissis*).

Orbene, la sentenza impugnata della Corte d’appello di Milano ha accertato le attività svolte, espletate da Yahoo Italia s.p.a. mediante plurime e nuove tecnologie avanzate: essa menziona le sofisticate tecniche di intercettazione dei files, nonché alcune molteplici modalità di gestione del sito ed i vantaggi economici conseguiti dal gestore.

La corte del merito ha esaminato l’ampio materiale probatorio senza che ad essa sia nemmeno imputabile l’omesso esame di fatto decisivo, lamentato nel secondo il motivo – ed è giunta alla conclusione secondo cui il ruolo del prestatore dei servizi, nella vicenda in esame, non ha varcato i limiti della prestazione di mero hosting provider passivo.

Essa ha affermato che Yahoo Italia s.r.l. erogava un servizio di pubblica fruizione di video, mediante il quale i singoli utenti potevano caricare contenuti soggetti anche a commenti altrui, ma con mera prestazione di servizi di “ospitalità” di dati o hosting, quindi mediante un semplice servizio di accesso ad un sito e senza proporre altri servizi di elaborazione dei dati; ed ha aggiunto che nemmeno le funzioni espletate da Yahoo Italia s.p.a. mediante tecnologie più avanzate dimostrano, nel caso di specie, l’avvenuta manipolazione dei dati immessi: onde ciò non è in grado di determinare il mutamento della natura del servizio descritto, che resta meramente “passivo”.

Tali attività correttamente non sono state sussunte sotto la indicata nozione di hosting attivo, in quanto non assurgono a manipolazione dei dati immessi e non determinano il mutamento della natura del servizio.

Ne deriva che, alla luce dell’acquisita nozione, sopra

delineata, la vicenda concreta resta inquadrabile nella fattispecie astratta del D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16.

5. – Obblighi e responsabilità dell'hosting provider.

Il terzo, il quarto, il sesto ed il nono motivo del ricorso principale, da esaminare congiuntamente per la loro intima connessione, sono fondati, nei limiti di seguito esposti; del pari connesso l'unico motivo del ricorso incidentale, che è invece infondato.

Con essi si intende affermare (o negare) che il prestatore del servizio, una volta a conoscenza degli illeciti contenuti veicolati da terzi attraverso il servizio stesso, in particolare mediante la diffida a lui inoltrata dal titolare del diritto leso, abbia l'obbligo di rimuoverli e di impedire ulteriori violazioni, senza l'esigenza della specifica indicazione dei cd. "url" di ciascun video al fine del sorgere del dovere di attivarsi in tal senso.

5.1. – Tecnica normativa e suo significato.

Nella formulazione logico-letterale delle norme – gli artt. 14-15 della direttiva sul commercio elettronico e il D.Lgs. n. 70 del 2003, artt. 16 – 17 – il legislatore eurolunitario e, di conseguenza, quello nazionale hanno scelto di enunciare un principio generale che afferma il regime di irresponsabilità e, quindi, delimitarlo al ricorrere di talune condizioni.

L'ultimo degli articoli che disciplinano la responsabilità dei provider contiene il principio generale che regola la materia, laddove dispone che nella prestazione di servizi di cui agli articoli precedenti il provider non è soggetto né ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

È trasparente l'intento di "manifesto" di tale tecnica di formulazione normativa, che trova fondamento nel fine di assicurare l'espansione della società dell'informazione. Le regole dettate hanno inteso operare il bilanciamento – per diretta opera del legislatore degli interessi coinvolti nel fenomeno internet, quali la libertà di manifestazione del pensiero, la cd. riservatezza informatica del soggetto che immette contenuti in rete, l'indipendenza degli intermediari, i diritti personalissimi dei soggetti i cui dati vengono diffusi, il diritto d'autore ed ogni altra situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere pregiudicata dall'utilizzo del mezzo.

Peraltro, la regola iuris che ne scaturisce non è diversa, ed anzi è esattamente identica, da quella che sarebbe stata ove, espunto il ricordato intento, la norma fosse stata costruita nel senso di prevedere il sorgere della responsabilità in capo al prestatore del servizio in presenza di date situazioni.

Inoltre, "gli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE mirano a limitare le ipotesi in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile in materia, può sorgere la responsabilità dei prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione. È pertanto nell'ambito di tale diritto nazionale che vanno ricercati i presupposti per accertare una siffatta responsabilità, fermo restando però che, ai sensi dei summenzionati articoli della di-

rettiva 2000/31, talune fattispecie non possono dar luogo a una responsabilità dei detti prestatori" (Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, L'Oréal c. eBay, cit., punto 107).

5.2. – I limiti al regime generale dell'irresponsabilità.

Così ricostruita, per chiarezza della regola posta, la norma dell'art. 16 citato, essa dispone che, nella prestazione del servizio di hosting, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio stesso, il prestatore è responsabile con riguardo al contenuto delle informazioni quando:

a) egli "sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita" e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, "sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione" (del pari, per la direttiva, occorre che egli "sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita" e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, "sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione": art. 14 dir.);

oppure:

b) egli non "agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso" appena "a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti" (del pari, per la direttiva, occorre che egli, "al corrente di tali fatti", non "agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso"). Se una differenza si coglie, è in quest'ultima proposizione, laddove la norma interna prevede la comunicazione dell'autorità competente.

Qui rileva la prima delle fattispecie di responsabilità: ovvero quella che collega il sorgere dell'obbligazione risarcitoria al fatto della "conoscenza", da parte del prestatore del servizio, circa la illiceità dell'informazione, in particolare connotata dall'essere essa "manifesta" nelle azioni di risarcimento del danno.

Che si tratti di due ipotesi distinte è confermato dall'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, dal quale la norma interna direttamente deriva, ove si pone con chiarezza la disgiuntiva "o" nel passaggio dalla prima alla seconda lettera della previsione.

5.3. – Elementi costitutivi della responsabilità dell'hosting.

A questo riguardo, la prima fattispecie di responsabilità espressamente comprende, accanto all'omessa rimozione dei contenuti, due elementi costitutivi: l'illiceità manifesta dei contenuti stessi e la conoscenza di questa.

Sotto il primo profilo, l'illiceità discende dalla violazione dell'altrui sfera giuridica, mediante un illecito civile o penale, comportante la lesione di diritti personalissimi, quali ad esempio il diritto all'onore, alla reputazione, all'identità personale, all'immagine o alla riservatezza; o ancora, come nella specie, del diritto di autore. Al riguardo non è, peraltro, questione in questa sede, essendo stato accertato nei gradi di merito che il diritto del terzo sussiste ed esso è stato leso dall'utilizzo ad opera degli utenti del servizio.

Il secondo elemento della fattispecie dimostra che non si tratta di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma di responsabilità per fatto proprio colpevole, per di più innanzi ad una situazione di illiceità “manifesta” dell'altrui condotta, di cui non si impedisce la protrazione, mediante la rimozione delle informazioni o la disabilitazione all'accesso, secondo le espressioni tecniche mutuata dalla seconda fattispecie.

Tali caratteri soggettivi sono estensibili al caso del concorso mediante condotta attiva nell'illecito del cd. hosting provider attivo, di cui prima si è discusso, il quale parimenti presuppone, secondo le regole generali, la conoscenza dell'illiceità del fatto altrui.

Sotto il profilo oggettivo, al prestatore del servizio non “attivo” si rimprovera, invece, una condotta commissiva mediante omissione, per avere – dal momento in cui sussista l'elemento psicologico predetto – concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco all'accesso.

In tal senso, può dirsi che il D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16 fonda una cd. posizione di garanzia dell'hosting provider, che, se per definizione è indispensabile alla stessa originaria perpetrazione dell'illecito del destinatario del servizio, ne diviene giuridicamente responsabile solo dal momento in cui gli possa essere rimproverata l'inertia nell'impedire la protrazione.

#### 5.4. – La conoscenza effettiva.

La questione è individuare la nozione giuridica di “conoscenza effettiva” dell'altrui illecito “manifesto”, perpetrato mediante il servizio dell'informazione, di cui parla il D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), come già l'art. 14, comma 1, lett. a), della direttiva.

Questa Corte, esaminando in sede penale ipotesi di lesione del diritto sui propri dati personali mediante la diffusione di contenuti internet, ha rilevato come il nostro legislatore, in conformità della direttiva 2000/31/CE, “ha inteso porre quali presupposti della responsabilità del provider proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall'utente e l'eventuale inertia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite. Se ne desume, ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi” (Cass. pen. 17 dicembre 2013, n. 5107).

L'elemento naturalistico della fattispecie attinge dalla realtà concreta, ove si reputa che un soggetto conosca un fatto quando esso sia pervenuto alla sua sfera psichica e vi sia stato interamente appreso e compreso. Ma non è questa la nozione giuridica di conoscenza, che necessita della trasposizione di un evento impalpabile nell'ambito di situazioni positivamente verificabili.

Posto che certamente si tratta di nozione ab origine psicologica afferente il cd. foro interno, e ciò tanto più in presenza di soggetti collettivi, in cui lo stato psicologico

rilevante viene desunto da quello del legale rappresentante (art. 1391 c.c.), soccorrono – in ipotesi di notizia fornita dallo stesso titolare del diritto leso – gli ordinari mezzi idonei ad assicurare la comunicazione dell'evento, secondo il sistema della presunzione semplice ex art. 1335 c.c., in forza del quale un soggetto è giuridicamente a conoscenza di un evento ove ne sia stato reso edotto mediante mezzi di comunicazione scritta o verbale.

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.

La presunzione iuris tantum di conoscenza è superabile mediante la prova contraria, da fornirsi da parte del prestatore del servizio, concernente l'impossibilità di acquisire, in concreto, l'anzidetta conoscenza per un evento estraneo alla sua volontà.

L'esistenza di detta conoscenza è oggetto dell'apprezzamento demandato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità.

Ne deriva che il sorgere dell'obbligo (di cui meglio oltre si dirà) in capo al prestatore del servizio non richiede una “diffida” in senso tecnico – quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti – essendo a ciò sufficiente la mera “comunicazione” o notizia della lesione del diritto.

Infine, in assenza dell'attuazione di una modalità di comunicazione scritta e formale al provider, la prova della conoscenza in capo al medesimo, gravante sul titolare del diritto leso, potrà essere data con ogni mezzo, restando in tal caso più ardua però la dimostrazione di tale elemento.

5.5. – Insussistenza di un obbligo di sorveglianza e di attivazione anticipato, generale e costante in capo al prestatore; sussistenza di un obbligo di rimozione ove a conoscenza degli illeciti.

Il successivo D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 17 esclude un obbligo di sorveglianza generale e costante, onde il prestatore non è responsabile per avere omesso di vigilare in modo preventivo e continuativo sui contenuti immessi dagli utenti del servizio.

E, però, egli risponde dei danni cagionati, allorché, reso edotto di quei contenuti – vuoi dal titolare del diritto, vuoi aliunde – non si sia attivato per la immediata rimozione dei medesimi.

Né il portato del D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), può venire ridimensionato e, nella sostanza, vanificato, come pretende la difesa della controrcorrente, in forza del menzionato art. 17 del me-

desimo decreto legislativo: norma questa che, da un lato, ribadisce l'inesistenza di un obbligo generale di vigilanza sui contenuti diffusi, ma, dall'altro lato, sancisce l'obbligo del prestatore del servizio di comunicare l'esistenza di illeciti e di fornire, a richiesta, anche i dati personali identificativi del destinatario dei servizi, al fine non solo di individuare, ma anche di prevenire delle attività illecite. Onde il contenuto principale di tale disposizione è proprio quello di costituire alcuni obblighi del prestatore dei servizi dell'informazione nei rapporti con le autorità giudiziarie ed amministrative.

La disciplina positiva induce, pertanto, ad escludere ogni obbligo di attivazione del prestatore (pur non "attivo") con riguardo alla diretta ricerca degli altrui illeciti, nel momento in cui essi vengono immessi e diffusi nella rete; obbligo che sorge, però, nel momento successivo alla conoscenza dei fatti illeciti da parte del prestatore.

Il menzionato bilanciamento, da parte del legislatore, degli interessi coinvolti nel fenomeno internet è stato così realizzato sancendo un regime di irresponsabilità del prestatore sino al limite del suo diretto coinvolgimento oppure della sua conoscenza dell'illecito: in tal modo perciò circoscrivendo, ma non annullando del tutto, il controllo circa i contenuti immessi che possano integrare illeciti telematici.

5.6. – Valutazione della ragionevole fondatezza della comunicazione.

Né rileva al riguardo il timore, da alcuni avanzato, secondo cui lo stesso prestatore del servizio di hosting provider verrebbe eretto ad arbitro della valutazione di liceità o d'illiceità dei contenuti immessi: atteso che, così come in ogni altra vicenda di lesione dell'altrui diritto, è in facoltà del soggetto leso chiedere il ristoro o la cessazione della condotta prima di far ricorso alle competenti autorità, confidando nella spontanea valutazione dell'autore della violazione in ordine alle proprie buone ragioni.

In realtà, sul punto provvede lo stesso D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), laddove richiede, al fine dell'affermazione della possibile responsabilità del prestatore, che egli sia a conoscenza di fatti i quali rendano "manifesta" l'illiceità dell'attività o dell'informazione.

L'hosting provider è chiamato quindi a delibare, secondo criteri di comune esperienza, alla stregua della diligenza professionale tipicamente dovuta, la comunicazione pervenuta e la sua ragionevole fondatezza (ovvero, il buon diritto del soggetto che si assume leso, tenuto conto delle norme positive che lo tutelano, come interpretate ad opera della giurisprudenza interna e comunitaria), nonché, in ipotesi di esito positivo della verifica, ad attivarsi rapidamente per eliminare il contenuto segnalato.

L'aggettivo vale, in sostanza, a circoscrivere la responsabilità del prestatore alla fattispecie della colpa grave o del dolo: se l'illiceità deve essere "manifesta", vuol dire che sarebbe possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell'esperienza e della conoscenza tipiche dell'operatore del settore e della dili-

genza professionale da lui esigibile, così che non averlo fatto integra almeno una grave negligenza dello stesso. (*Omissis*).

In caso contrario, in presenza di una situazione di "non manifesta" illiceità, nel senso ora indicato, in capo al prestatore del servizio resterà il solo obbligo di informarne le competenti autorità (la cd. *notice*).

5.7. – Possibilità di attivarsi utilmente.

Infine – accanto al presupposto dell'obbligo del prestatore del servizio di attivarsi, costituito dall'essere stato egli reso edotto dei contenuti manifestamente illeciti trasmessi – va chiarito come occorra, al fine del sorgere della sua responsabilità risarcitoria, anche la verifica che egli potesse attivarsi utilmente ed in modo efficiente: in quanto, da un lato, come già esposto, munito degli adeguati strumenti conoscitivi e, dall'altro lato, anche fornito dei poteri di impedire l'altrui illecito. Si tratta del principio generale, secondo cui la responsabilità omissiva presuppone che sia all'autore possibile e che sia utile attivarsi.

Come in tutti i casi di concorso omissivo nel fatto illecito altrui, invero, ai fini del giudizio di responsabilità del prestatore occorre l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie: ovvero, la condotta, consistente nell'inerzia; l'evento, quale fatto pregiudizievole ed antidoveroso altrui; il nesso causale, mediante il cd. giudizio controfattuale, allorché l'attivazione avrebbe impedito l'evento, anche con riguardo, come nella specie, alla sua protrazione; l'elemento soggettivo della fattispecie.

Sotto quest'ultimo profilo, sono due, dunque, i momenti complementari: da un lato, la rappresentazione dell'evento nella sua portata illecita, che prescinde dalla modalità e tipologia del canale conoscitivo; dall'altro lato, l'omissione consapevole nell'impedirne la prosecuzione, in cui rileva la possibilità di attivarsi utilmente.

In questo contesto, l'onere di allegazione e di prova può essere precisato nel senso che spetta all'attore titolare del diritto leso allegare e provare, a fronte dell'inerzia dell'hosting provider, la conoscenza di questi in ordine all'illecito compiuto dal destinatario del servizio, indotta dalla stessa comunicazione del titolare del diritto leso o aliunde, nonché di indicare gli elementi che rendevano manifesta detta illiceità; assolto tale onere, l'inerzia del prestatore integra di per sé la responsabilità, a fronte dell'obbligo di attivazione posto dal menzionato D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 16, restando a carico del medesimo l'onere di provare di non aver avuto nessuna possibilità di attivarsi utilmente, possibilità che sussiste se il prestatore è munito degli strumenti tecnici e giuridici per impedire le violazioni (ad es., per il potere di autotutela negoziale al medesimo concesso in forza del contratto concluso con il destinatario del servizio).

5.8. – Contenuto della comunicazione del titolare del diritto leso: sulla necessità tecnica di indicazione degli "url".

Resta da stabilire un punto.

La comunicazione al prestatore del servizio deve essere



idonea a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti: a tal fine, deve allora aversi riguardo ai profili tecnico-informatici per valutare se, nell'ipotesi di trasmissione di prodotti video in violazione dell'altrui diritto di autore, questi siano identificabili mediante la mera indicazione del nome della trasmissione da cui sono tratti e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. indirizzo "url" (uniform resource locator), quale sequenza di caratteri identificativa dell'indirizzo cercato; ciò, trattandosi di responsabilità aquiliana sorta al momento della condotta omissiva, alla stregua dello sviluppo tecnologico dell'epoca dei fatti.

(*Omissis*).

Quello in esame è, peraltro, un profilo squisitamente di merito, che presuppone un ineludibile accertamento in fatto; se del caso, ove sia necessario un ausilio esperto in ragione dei profili tecnici coinvolti, mediante consulenza tecnica d'ufficio e con riguardo alla specifica denominazione di ciascuno dei singoli programmi televisivi diffusi (la quale potrebbe contenere, o no, parole combinate in modo originale tali da distinguersi dal linguaggio comune), situazione che è necessariamente variabile da una vicenda all'altra: accertamento, tuttavia, non compiuto dalla sentenza impugnata, che ne ha ommesso l'esame.

(*Omissis*).

5.9. – (*Omissis*).

5.10. – Non necessità della notizia o dell'ordine provenienti dall'autorità.

Va precisato che non può condividersi la tesi secondo cui l'obbligo di attivazione non sussisterebbe, pur in presenza dell'inequivoco disvelamento dell'illecito altrui, sino a quando non sia stata una pubblica autorità, amministrativa o giurisdizionale, ad ordinare con un proprio provvedimento tale comportamento o almeno a notiziare di esso il prestatore intermediario.

A ciò induce, da un lato, la duplice fattispecie normativa, che espressamente contempla la "comunicazione" dell'autorità solo nella seconda ipotesi.

Depone in tal senso, dall'altro lato, la lettura del considerando 46 della direttiva attuata col D.Lgs. n. 70 del 2003, importante ai fini interpretativi, secondo cui "Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite", senza altre condizioni al sorgere dell'obbligo di attivazione.

(*Omissis*).

5.11. – Effetto ulteriore della comunicazione: obbligo di impedire altre violazioni dello stesso tipo.

Il terzo ed nono motivo sono fondati, anche laddove censurano la sentenza impugnata, per avere ritenuto insussistente un obbligo del prestatore di astenersi di

pubblicare contenuti illeciti dello stesso tipo di quelli già riscontrati come violativi dell'altrui diritto e, di conseguenza, l'ammissibilità di una pronuncia di inibitoria in tal senso: ciò, in presenza ormai della identificazione dei cd. url o della constatata possibilità per il prestatore di identificarli mediante i propri mezzi tecnici.

Tale obbligo, invero, in nulla è parificabile a quello – insussistente D.Lgs. n. 70 del 2003, ex art. 17 – di vigilanza generale e preventiva sui contenuti immessi dagli utenti: posto che la situazione di ignoranza di quei contenuti (legittima e tutelata dalla norma ora richiamata) è per definizione venuta meno, una volta reso edotto il prestatore dalla comunicazione proveniente dal soggetto leso.

Al riguardo, può essere utile richiamare le affermazioni della Corte UE, secondo cui gli Stati membri devono prevedere l'adozione di misure che abbiano la funzione "non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle" e che nulla osta ad imporre ai provider un ordine inibitorio che possa avere per lo stesso un "costo notevole", imponendo di bloccare non solo l'accesso all'indirizzo su cui i contenuti illeciti risultano allo stato pubblicati, ma anche "ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza" (Corte di giustizia UE 27 marzo 2014, C314/12, Telekabel, punti 35 e 36, 50).

Come affermato, in particolare, con riguardo alla protezione del diritto d'autore, anche in forza dell'art. 11 della direttiva 2004/48/CE, ai sensi della quale gli Stati membri devono far sì "che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale", onde "la competenza attribuita, conformemente all'art. 11, terza frase, della stessa direttiva, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online (...) di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni" (Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C324/09, L'Oréal, cit., punti 127, 131).

Se poi, in concreto, l'inibitoria sia priva di interesse ad agire, per essere da tempo cessato il servizio in questione, secondo l'assunto della controricorrente, è questione rimessa alla valutazione del giudice del merito.

6. – I rimanenti motivi restano assorbiti.

7. – (*Omissis*).

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo, il quarto, il sesto ed il nono motivo del ricorso principale, infondati il primo, il secondo ed il quinto, assorbiti gli altri e respinto il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per la liquidazione delle spese di legittimità, innanzi alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione.

(*Omissis*).