

---

GIOVANNI SARTOR - MARIO VIOLA DE AZEVEDO CUNHA

---

## IL CASO GOOGLE-VIVIDOWN TRA PROTEZIONE DEI DATI E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE ON-LINE

---

**SOMMARIO:** 1. I fatti del caso. — 2. L'assoluzione dell'imputazione per diffamazione. — 3. Responsabilità nell'ambito della protezione dei dati: elaborazione di dati personali senza autorizzazione. — 4. Che cosa manca? — 5. Conclusione.

Si esaminerà il caso Google-Vividown, conclusosi in primo grado con la condanna penale di tre dirigenti di Google per illecito trattamento di dati personali, in seguito alla distribuzione on-line di un filmato nel quale un ragazzo disabile veniva maltrattato e insultato da alcuni compagni. Dopo aver illustrato i fatti del caso e il ragionamento del giudice, si svilupperanno alcune considerazioni circa la responsabilità dei fornitori di piattaforme per la distribuzione di contenuti on-line, rispetto ai materiali prodotti e caricati dagli utenti.

### I. I FATTI DEL CASO.

---

L'8 settembre 2006 veniva pubblicato sulla piattaforma Google-Videos<sup>1</sup> un filmato nel quale uno studente disabile era maltrattato

---

\* Giovanni Sartor è Professore di informatica giuridica e filosofia del diritto presso l'Istituto universitario Europeo e Professore ordinario di informatica giuridica presso l'Università di Bologna; Mario Viola è dottorando nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Istituto universitario europeo. Una precedente versione di questo contributo è stata pubblicata in lingua inglese sull'*International Journal of Law and Information Technology* (2010). La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, p. 474.

<sup>1</sup> Google-Videos è un servizio fornito da Google Inc., la celebre impresa statunitense che ha ottenuto un enorme successo grazie alla realizzazione del motore di ricerca Google, utilizzato dalla grande mag-

gioranza dei navigatori di Internet (circa il 70% delle ricerche on-line fanno uso di Google). Tale motore di ricerca è stato affiancato da numerosi altri servizi come la posta elettronica G-Mail, le indicazioni geografiche e gli indirizzi di Google-Maps, le immagini geografiche di Google-Earth, il notiziario Google-News, i testi di Google-Books e Google-Scholar, la piattaforma per foto Picasa, la gestione di documenti Google-Docs e tante altre funzioni disponibili su Internet. Tali servizi sono forniti gratuitamente all'utilizzatore, poiché i proventi di Google derivano in gran parte dalla pubblicità: quando gli utenti accedono ai servizi, essi ricevono messaggi pubblicitari pagati dagli inserzionisti.

Il servizio Google-Videos, il cui impie-

e insultato da tre compagni, mentre un quarto studente riprendeva la scena con il telefono cellulare e altri dieci osservavano senza intervenire. Più esattamente, lo studente disabile, affetto da autismo e da carenze nell'udito e nella vista, era oggetto di offese verbali e fisiche. In particolare, veniva chiamato « mongolo », termine usato per indicare, con connotazione negativa, soggetti affetti da sindrome di Down. In connessione con l'attribuzione di tale qualifica, nel filmato si faceva riferimento all'associazione Vivi-Down (Associazione italiana per la ricerca scientifica e per la tutela della persona Down). Il filmato, della durata di circa tre minuti, era visto da un elevato numero di persone (era scaricato più di 5000 volte). Per qualche tempo era il filmato più popolare nella categoria « video divertenti ».

Alcuni utenti di Google-Videos colpiti dalla natura offensiva del filmato pubblicavano sul sito commenti critici (a partire dall'8 ottobre). Sembra che alcuni frequentatori del sito abbiano apposto al filmato segnalazioni (flagging) negative, e che siano state inviate alcune e-mail di protesta a Google, chiedendo la rimozione del filmato. Tuttavia, dalla sentenza si evince che esiste prova solo di una segnalazione del 5 novembre 2006 e di una richiesta di rimozione del giorno successivo (Google è dichiarata incapace di fornire documentazione relativa a tutti i commenti e segnalazioni sul filmato inseriti su Google-Videos). Il 7 novembre la polizia postale italiana, dopo una comunicazione da parte di un cittadino, richiedeva a Google di eliminare il filmato, che era rimosso il giorno successivo. Pertanto il filmato rimaneva disponibile on-line per circa due mesi dal momento nel quale era stato inizialmente pubblicato<sup>2</sup>.

La pubblicazione del filmato originava tre cause distinte. La prima riguardava i quattro studenti che avevano avuto un ruolo attivo nel filmato (i tre che avevano maltrattato il compagno disabile e quello che aveva ripreso la scena). Essi erano identificati grazie alle informazioni fornite da Google — che consentivano di risalire all'indirizzo del computer mediante il quale era stato effettuato il caricamento del filmato — ed erano condannati dal tribunale di Torino per maltrattamenti e ingiurie. La seconda causa, ancora pendente a Torino, riguarda l'insegnante e la scuola (per non aver impedito il fatto). La terza causa, quella che qui si con-

---

go è al centro del caso qui esaminato, era stato offerto da Google nel 2005, quale piattaforma per il caricamento on-line e la distribuzione di filmati. Nel 2006 Google acquistava YouTube, il sito web più popolare per la condivisione di filmati on-line. In seguito all'acquisto di YouTube, Google-Videos veniva ad assumere la funzione prevalente di motore di ricerca per filmati, perdendo, a partire

dal 2009, le funzionalità attinenti al caricamento e alla distribuzione dei filmati, affidate a YouTube.

<sup>2</sup> Sentenza n. 1972/2010, Tribunale ordinario di Milano in composizione monocratica. Sezione 4 Penale, p. 102/103. Disponibile oltre che in questa *Rivista, retro*, p. 474 presso: [http://speciali.espresso.repubblica.it/pdf/Motivazioni\\_sentenza\\_Google.pdf](http://speciali.espresso.repubblica.it/pdf/Motivazioni_sentenza_Google.pdf).

sidera, riguarda Google, e più esattamente l'affiliata italiana (Google Italy) e i suoi dirigenti.

Quest'ultima causa prendeva avvio dall'azione del Pubblico ministero di Milano, che promuoveva un procedimento penale contro quattro alti dirigenti di Google (David Drummond — già presidente di Google Italy, George De Los Reyes — già membro del consiglio d'amministrazione di Google Italy, Peter Fleisher — consulente di Google per la Privacy in Europa e Arvind Desika — responsabile per il progetto Google-Videos in Europa). Le accuse contro i quattro erano le seguenti: « aver offeso la reputazione » dell'associazione Vividown e dello studente disabile e aver « omesso il corretto trattamento dei dati personali ». Quindi da un lato si trattava di « concorso in diffamazione aggravata » (art. 110, 40 comma 2, 385 commi 1 e 3 del Codice penale) e dall'altro di illecito trattamento di dati personali, in particolare attinenti alla salute, a scopo di profitto (art. 167 del Codice in materia di protezione dei dati personali, o più brevemente, Codice privacy). L'associazione Vivi-Down, il Comune di Milano, e il padre dello studente disabile si inserivano nel procedimento quali parti civili, chiedendo il risarcimento dei danni.

La causa veniva decisa il 24 febbraio 2010 dal giudice Oscar Magi (Tribunale ordinario di Milano in composizione monocratica): i quattro dirigenti di Google erano assolti dall'imputazione di diffamazione e tre di essi erano condannati a sei mesi di reclusione (pena sospesa) per illecita elaborazione dei dati personali<sup>3</sup>. Tale sentenza stimolava vivaci reazioni, anche al livello internazionale. Nel suo blog Google affermava che la decisione del tribunale milanese attaccava « gli stessi principi di libertà sui quali è costruita l'Internet »<sup>4</sup>. L'ambasciatore statunitense in Italia, David Thorne, affermava la propria contrarietà alla tesi che « i fornitori dei servizi dell'Internet siano responsabili per i contenuti caricati dagli utenti »<sup>5</sup>, e citando le parole del Segretario di Stato Hillary Clinton, osservava che « l'Internet libera è un diritto umano integrale che deve essere protetto nelle società libere »<sup>6</sup>. Molti condividevano l'indirizzo libertario espresso dagli Stati Uniti, e consideravano questa decisione come un tentativo di avviare la censura sull'Internet. Si osservava anzi che tale tentativo che si collegava con le discussioni dei mesi precedenti sulla necessità di intervenire contro la pubblicazione di insulti e minacce verso personalità della

<sup>3</sup> Sentenza n. 1972/2010, p. 108.

<sup>4</sup> The Official Google Blog. 'Serious threat to the web in Italy' (2010). Disponibile presso: <http://googleblog.blogspot.com/2010/02/serious-threat-to-web-in-italy.html>.

<sup>5</sup> 'Statement by Ambassador David Thorne: Ruling in Google Court Case'. Di-

ponibile presso: [http://italy.usembassy.gov/viewer/article.asp?article=/file2010\\_02/alia/10022205.htm](http://italy.usembassy.gov/viewer/article.asp?article=/file2010_02/alia/10022205.htm).

<sup>6</sup> DONADI, 'Larger Threat is Seen in Google Case' (2010). The New York Times. Disponibile presso: <http://www.nytimes.com/2010/02/25/technology/companies/25google.html>.

politica e dell'economia (in particolare, i blogger erano stati accusati di aver istigato un'aggressione contro il Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi)<sup>7</sup>.

Altri commentatori approvano la decisione, ritenendo immorale che Google potesse esonerarsi da ogni responsabilità per i danni sofferti da persone innocenti in conseguenza della sua attività commerciale, attività dalla quale Google trae enormi profitti, in particolare mediante la raccolta pubblicitaria (nel 2009 i proventi pubblicitari ammontavano a più di 22 miliardi di dollari)<sup>8</sup>. Osservavano che Google aveva i mezzi tecnici per controllare i contenuti ed escludere i materiali illeciti: evitava tali controlli per ridurre i costi (risparmiando sul personale) e massimizzare i profitti (attraendo il vasto uditorio interessato a contenuti lascivi, sconvenienti, o offensivi). Pertanto, come osservava uno dei pubblici ministeri milanesi, Alfredo Robledo, la decisione non riguardava la censura, ma piuttosto il bilanciamento tra la libertà d'impresa e la dignità della persona<sup>9</sup>.

Nei giorni successivi alla decisione, si formulavano diverse ipotesi, on-line e off-line, sui fondamenti giuridici della decisione stessa, finché la motivazione non era rilasciata, il 12 aprile 2010, più di un mese in anticipo rispetto alle attese. Nel presente contributo si esamineranno le principali questioni considerate nella decisione e si illustrerà il ragionamento del giudice prima di sviluppare alcune considerazioni generali su protezione dei dati e libertà di espressione del pensiero.

## 2. L'ASSOLUZIONE DELL'IMPUTAZIONE PER DIFFAMAZIONE.

Il reato di diffamazione, previsto dall'art. 595 del Codice Penale, consiste nell'offendere l'altrui reputazione comunicando con più persone, ed è aggravato dall'uso della stampa o di « qualsiasi altro mezzo di pubblicità » (inclusa quindi la diffusione mediante l'Internet). Dal momento che tutti gli imputati sono stati assolti da tale accusa, è sufficiente dedicare un'attenzione limitata a questa questione, soffermandosi su alcune argomentazioni sviluppate dal giudice.

Una questione preliminare consiste nel fatto che la diffamazione è procedibile solo su querela della parte offesa. Nel caso in esame lo studente (mediante il proprio genitore) si era ritirato dalla causa (in seguito ad un accordo con Google). Tuttavia, il giudice

<sup>7</sup> 'Berlusconi e il Governo approvano il decreto per controllare Internet'. Disponibile presso: [http://revenews.info/berlusconi-e-il-governo-approvano-il-decreto-per-controllare-internet\\_post10615.html](http://revenews.info/berlusconi-e-il-governo-approvano-il-decreto-per-controllare-internet_post10615.html).

<sup>8</sup> Google investor relation. 2010 Fi-

nancialtables. Disponibile presso: <http://investor.google.com/financial/tables.html>.

<sup>9</sup> 'Caso Google: la replica della Procura' (2010). L'Espresso. Disponibile presso: <http://espresso.repubblica.it/dettaglio/Caso-Google-replica-la-Procura/2122058>.

superava l'ostacolo ritenendo che anche l'associazione Vivi-down, quale ente esponenziale degli interessi delle persone affette da sindrome di Down (offese nel filmato) fosse legittimata a proporre la querela.

Passiamo quindi ad esaminare la realizzazione degli elementi del reato di diffamazione. Secondo il pubblico ministero, la responsabilità penale dei dirigenti di Google risulterebbe dal loro comportamento omissivo: i dirigenti avevano l'obbligo giuridico di prevenire la diffamazione esercitando un controllo preventivo sui contenuti caricati sul sito Google-Videos, obbligo a quale essi non avrebbero ottemperato. Data l'esistenza di questo obbligo, l'omissione delle misure preventive contro la diffusione on-line di filmati offensivi equivarrebbe ad aver causato tale diffusione (secondo l'art. 40 del Codice Penale, « Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo »). L'esistenza dell'obbligo di controllare e prevenire, deriverebbe dal fatto che Google, secondo il pubblico ministero, non è un mero host provider, non si limita ad ospitare nei propri computer contenuti prodotti da altri, rendendoli accessibili in rete. Al contrario, Google sarebbe un fornitore di contenuti (content provider), su cui grava l'obbligo giuridico di elaborare correttamente i dati personali inseriti in quei contenuti, adempiendo alle norme del Codice privacy. In conclusione, secondo il pubblico ministero la mancata corretta elaborazione dei dati personali (il fatto che fossero caricati e resi disponibili mediante Internet dati personali al di fuori delle condizioni previste dalla legge) avrebbe causato la diffamazione e quindi i dirigenti di Google, che avrebbero dovuto assicurare la corretta elaborazione dei dati, sarebbero responsabili per il reato di diffamazione.

Il giudice rispondeva che — benché egli si augurasse l'emanazione di « una buona legge che costruisca una ipotesi di responsabilità penale per il mondo dei siti Web (magari colposa, ed allora sì per omesso controllo) » — allo stato del diritto vigente doveva riscontrare l'assenza di un obbligo generale di controllo a carico dei fornitori di servizi di hosting<sup>10</sup>. Pertanto assolveva gli imputati dall'accusa di diffamazione: poiché Google non aveva l'obbligo di prevenire il caricamento di materiali offensivi sul proprio sito, essa non poteva essere ritenuta responsabile per la diffamazione conseguente alla diffusione di quei materiali. L'argomentazione del giudice solleva alcune perplessità: da un lato egli esprime

<sup>10</sup> « Non esiste, a parere di chi scrive, perlomeno fino ad oggi, un obbligo di legge codificato che imponga agli ISP un controllo preventivo della innumerevole serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori o proprietari

dei siti web, e non appare possibile ricavarlo aliunde superando d'un balzo il divieto di analogia *in partem*, cardine interpretativo della nostra cultura procedimentale penale ». Sentenza n. 1972/2010, p. 103.

il desiderio che sia introdotta una responsabilità generale per il mancato controllo, e dall'altro egli afferma che il provider si trova nell'impossibilità di controllare ogni contenuto, cosicché l'obbligazione di esercitare un puntuale controllo preventivo sarebbe inesigibile.

Un'interpretazione coerente di questi enunciati può forse essere la seguente: il giudice auspica che il legislatore introduca un obbligo generale, gravante sui provider, di adottare misure precauzionali, ma tale obbligo — che non potrebbe essere così rigido da richiedere l'esame umano di ogni filmato, ma dovrebbe essere attuabile anche mediante soluzioni automatizzate, almeno in parte — sarebbe sufficiente per affermare una responsabilità per diffamazione nel caso di specie.

È interessante osservare, tuttavia, che il giudice non menziona, come fondamento per l'irresponsabilità del provider, l'esenzione prevista dal Decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003, che ha attuato la Direttiva europea sul commercio elettronico<sup>11</sup>. L'art. 16 di tale decreto riguarda specificamente l'host provider, cioè il fornitore del servizio di hosting, che ospita sul proprio sistema informatico contributi predisposti dal destinatario del servizio, rendendoli accessibili ai terzi. Tale soggetto è esente da responsabilità qualora « 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 dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso ». Inoltre, secondo l'art. 17 dello stesso decreto, il provider non ha né un « obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza », né un « obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite ».

Ricordiamo che anche il diritto statunitense prevede esenzioni dalla responsabilità dei provider analoghe a quelle introdotte dalla disciplina europea. Il Communications Decency Act del 1996 (CDA), sezione 230(c), stabilisce, con riguardo alle questioni estranee alla proprietà intellettuale che: « Nessun fornitore o utente di un sistema informatico interattivo sarà considerato un editore o autore di qualsiasi informazione fornita da altri »<sup>12</sup>. Una più limitata esenzione di responsabilità è prevista per le violazioni del diritto d'autore nel Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

<sup>11</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in

particolare il commercio elettronico, nel mercato interno).

<sup>12</sup> Disponibile presso: <http://www.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt>.

Ci sembra che la mancata applicazione dell'esenzione prevista per gli host provider dipenda dal fatto che il giudice ha ritenuto che Google, nell'ambito del servizio Google-Videos, non si limitasse ad ospitare contenuti prodotti da altri, ma estendesse la propria azione alla promozione e all'organizzazione di quei contenuti. Di conseguenza, secondo il giudice (che quindi concorda, su questo punto, con il pubblico ministero), Google, anziché un mero host provider era un fornitore di contenuti (content-provider) che non poteva avvalersi dell'esenzione<sup>13</sup>. Come vedremo nel seguito, tale conclusione si fonda sull'osservazione che per Google la messa a disposizione della piattaforma Google-Videos rappresentava un'attività commerciale, e che nell'ambito di tale attività Google stimolava il caricamento, senza controlli, di filmati creati dagli utenti. Pertanto, secondo il giudice, l'inclusione di quei contenuti nel sito e la loro conseguente distribuzione dovrebbero considerarsi risultato dell'attività commerciale di Google, oltre che dell'iniziativa dei suoi utenti.

### 3. RESPONSABILITÀ NELL'AMBITO DELLA PROTEZIONE DEI DATI: ELABORAZIONE DI DATI PERSONALI SENZA AUTORIZZAZIONE.

Passiamo alla seconda imputazione, quella per la quale i dirigenti di Google sono stati condannati. Si tratta del reato di « *trattamento illecito dei dati* », di cui all'art. 167 del Codice privacy. Tale reato viene commesso quanto taluno « al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali », in violazione di alcune norme del Codice privacy. Tra le ipotesi previste dall'articolo 167 è rilevante soprattutto l'art. 26 secondo il quale i dati personali sensibili possono essere trattati solo quando ricorrano due condizioni: il consenso scritto dell'interessato e l'autorizzazione del Garante. Tra i dati sensibili, a norma dell'art. 4 del Codice privacy rientrano i « dati personali idonei a rivelare lo stato di salute » dell'interessato. Combinando questi elementi otteniamo il reato per il quale i dirigenti di Google sono stati condannati: allo scopo di trarre profitto, essi partecipavano al trattamento del filmato contenente dati sulla salute dello studente disabile, senza il consenso di quest'ultimo (dei suoi rappresentanti legali) e inoltre senza l'au-

<sup>13</sup> Un giudice francese ha recentemente sviluppato un'argomentazione simile a quella del giudice Magi in un caso riguardante MySpace (una piattaforma per la distribuzione di contenuti on-line), e ha ritenuto che MySpace non fosse un mero host provider, traendo profitti pubblicitari dai filmati caricati dagli utenti. (T.G.I. Paris [réf.], 22

June 2007). Vedi STROWEL, 'Google et les nouveaux services en ligne: quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle. In STROWEL e TRIALLE (a cura di), *Google et les nouveaux services en ligne: impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle* (Larcier: Bruxelles 2008), p. 44-45.

torizzazione del Garante Privacy. Questa condanna solleva alcune importanti questioni giuridiche, che saranno esaminate nelle pagine seguenti:

1. È applicabile al trattamento del filmato la legge italiana sulla protezione dei dati?
2. Conteneva il filmato dati personali, e in particolare dati sanitari?
3. Chi trattava il filmato?
4. Avrebbe dovuto Google richiedere il consenso dello studente disabile al fine di trattarne i dati?
5. Avrebbe dovuto Google informare gli studenti che avevano caricato il filmato circa gli obblighi attinenti alla protezione dei dati?
6. Poteva Google ritenersi responsabile (solo) civilmente?
7. Era Google esonerata dalla responsabilità, quale host-provider?
8. Vi è una specifica esenzione da responsabilità per la libertà di espressione?

Sulla base delle risposte a queste domande cercheremo di sviluppare alcune considerazioni generali in tema della responsabilità dei provider di piattaforme destinate ad ospitare contenuti prodotti dagli utenti, rispetto a questi contenuti.

### 3.1. È applicabile la legge italiana sulla protezione dei dati?

Il giudice ha dovuto affrontare la questione preliminare attinente alla legge applicabile: si applica la legge italiana al servizio Google-Videos, che riguarda trattamenti di dati aventi luogo esclusivamente o prevalentemente negli Stati Uniti? Infatti, un trattamento è soggetto alla disciplina italiana solo se è soddisfatta una delle seguenti condizioni (Art. 5 del Codice privacy):

1. Il trattamento è effettuato da soggetto stabilito nel territorio dello Stato;
2. Il trattamento è effettuato da soggetto che, pur non essendo stabilito nell'Unione Europea, impiega strumenti situati nel territorio dello Stato.

Secondo il giudice la prima condizione risultava soddisfatta: il trattamento dei dati attinente a Google-Videos si compieva presso Google Italy, la controllata italiana di Google Inc., stabilita a Milano. Questa conclusione si connette alle seguenti affermazioni (benché manchi un'esplicita argomentazione): *a*) Google Italy era la «mano operativa e commerciale» di Google Inc; *b*) Google Italy, come ogni altra controllata da Google, era sostanzialmente una parte del gruppo, che operava in modo unitario, sotto la direzione di Google Inc; *c*) Google Italy aveva la possibilità di collegare annunci pubblicitari ai filmati, usando il servizio Google-AdWords.

In realtà, risulta che i computer (i server) per la piattaforma Google-Videos fossero collocati negli Stati Uniti, mentre i controlli sui contenuti caricati su tale piattaforma fossero effettuati in Irlanda, attraverso la controllata irlandese di Google Inc. Inoltre, non sembra che l'uso di Google-AdWords fosse controllato da Google Italy, trattandosi di sistema nel quale i collegamenti (link) ad annunci pubblicitari sono effettuati alla base delle scelte degli inserzionisti (le imprese che si avvalgono del servizio Google-AdWords per la propria pubblicità) e quei collegamenti non portano ai filmati, ma collegano la pagina dei filmati al sito web indicato dall'inserzionista.

Forse possiamo interpretare l'argomento del giudice come segue: Google Italy contribuiva ad un processo commerciale che includeva il trattamento dei filmati caricati in Italia. Lo faceva promuovendo il servizio Google-Videos e le funzionalità pubblicitarie ad esso afferenti (mediante Google-AdWords). Pertanto, secondo il giudice, Google Italy partecipava al trattamento dei filmati, benché i server che memorizzavano e diffondevano i filmati fossero collocati al di fuori dell'Italia e fossero gestiti da Google Inc. La partecipazione di Google Italy non sarebbe esclusa dal fatto che tutte le decisioni e i controlli fossero effettuati al fuori dell'Italia, trattandosi di strategia commerciale adottata da Google Inc. per evitare di essere soggetta al diritto italiano.

Ci permettiamo di osservare che il modo in cui è affrontato il difficile tema del diritto applicabile ai trattamenti di dati effettuati all'estero ci sembra essere una delle debolezze di questa decisione, ed è un peccato che il giudice non abbia motivato con maggior chiarezza la propria decisione a questo riguardo. L'incertezza al riguardo è accresciuta dal fatto che il Garante ha affermato che l'elaborazione dei dati effettuata da Google negli Stati Uniti, anche con dati trasmessi da utenti italiani, non è soggetta alla legge italiana<sup>14</sup>.

### 3.2. *Conteneva il filmato dati personali, e in particolare dati sanitari?*

Assumendo con il giudice che la legge italiana sulla protezione dei dati trovi applicazione (benché, come abbiamo osservato, ciò sembri assai dubbio), dobbiamo considerare se siano soddisfatte le condizioni affinché possa essere commesso un reato attinente alla protezione dei dati, cioè se dati personali siano stati trattati in violazione di una norma penale.

<sup>14</sup> Vedi Provvedimento del 3 novembre 2009. Garante per la protezione dei dati personali. Disponibile presso: <http://>

[www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1687662](http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1687662).

In primo luogo dobbiamo esaminare se il filmato comprendesse dati personali, una questione alla quale il giudice non dedica particolare attenzione, assumendo senza argomentare che il filmato contenesse dai personali e in particolare dati sanitari afferenti allo studente disabile. Noi concordiamo con questa conclusione, ma la discuteremo brevemente, non essendo essa così ovvia.

Iniziamo con l'osservare che un filmato contiene dati personali quando raffigura una persona identificabile sulla base delle immagini del filmato e delle informazioni ulteriori (scritte, link, ecc.) associate al filmato stesso. Ciò si verificava nel filmato raffigurante lo studente disabile. Il problema è stabilire se quei dati personali possano essere considerati dati sensibili, essendo atti a rivelare le condizioni di salute dello studente. L'immagine di una persona può rivelare dati sensibili su di essa (le caratteristiche corporee possono rivelare l'origine etnica, l'abbigliamento può indicare la fede religiosa, lo stato fisico può rivelare le condizioni di salute, ecc.), ma sembra assurdo assoggettare ogni immagine atta a rivelare dati sensibili alle regole restrittive che governano i dati sensibili, anche quando l'immagine riveli informazioni che il soggetto non intendeva nascondere, o intendeva perfino comunicare con il proprio aspetto (ad esempio, indossando certi simboli religiosi o politici).

Un'indicazione per affrontare la questione viene dal Gruppo di lavoro *ex* articolo 29<sup>15</sup>, secondo il quale le immagini distribuite sull'Internet non contengono dati personali sensibili «a meno che non siano esplicitamente usate per rivelare informazioni sensibili sulle persone»<sup>16</sup>. Nel caso in esame, tuttavia, possiamo affermare che le immagini intendevano rivelare e diffondere dati sensibili sulla vittima, in quanto gli autori dell'abuso mettevano in risalto nel filmato la condizione di disabile della vittima. Inoltre il titolo del filmato faceva riferimento alle condizioni di salute della

<sup>15</sup> Il Gruppo di lavoro *ex* articolo 29 è un organo consultivo composto dai rappresentanti di tutte le autorità di protezione dei dati degli stati membri, più un rappresentante della Commissione europea.

L'autorità britannica di protezione dei dati ha adottato una posizione simile per quanto riguarda il trattamento dei nomi e, in certa misura, anche delle immagini: «Religion or ethnicity, or both, can often be inferred with varying degrees of certainty from dress or name. For example, many surnames are associated with a particular ethnicity or religion, or both, and may indicate the ethnicity and religion of the individuals concerned. However, it would be absurd to treat all such names as "sensitive personal data", which would mean that to hold such names on customer databases you had to satisfy a

condition for processing sensitive personal data. Nevertheless, if you processed such names specifically because they indicated ethnicity or religion, for example to send marketing materials for products and services targeted at individuals of that ethnicity or religion, then you would be processing sensitive personal data» in UK Information Commissioner's Office. 'The Guide to Data Protection', p. 24. Disponibile presso: [http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data\\_protection/practical\\_application/the\\_guide\\_to\\_data\\_protection](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/the_guide_to_data_protection)).

<sup>16</sup> Gruppo di lavoro *ex* articolo 29: 'Parere 5/2009 sui social network on-line', adottato il 12 giugno 2009, p. 8. Disponibile presso: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp\\_163\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp_163_it.pdf).

vittima (parlando « andicappato », *sic*). È vero che gli autori attribuivano alla vittima la sindrome di Down, anziché la reale condizione di questa (autismo), ma ciò che importa è l'indicazione di una condizione di disabilità.

### 3.3. *Chi trattava il filmato?*

Avendo stabilito che il filmato conteneva dati personali attinenti alla salute dello studente disabile, dobbiamo considerare se quei dati fossero trattati da Google. Ciò può sembrare ovvio, dato l'ampio spettro di operazioni elencate nella definizione del concetto di « trattamento » nell'art. 4, comma 1.a del Codice privacy: « la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati ».

Si potrebbe tuttavia adottare una diversa opinione assumendo che il filmato fosse trattato dagli studenti che l'avevano caricato sulla piattaforma Google-Videos e che Google si limitasse a fornire gli strumenti per tale trattamento. È importante, inoltre, distinguere i diversi ruoli del titolare e del responsabile dell'elaborazione dei dati. Secondo il Codice privacy (art. 4, comma f), il primo è il soggetto cui « competono [...] le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati » mentre il secondo è il soggetto « preposto dal titolare al trattamento di dati personali » (art. 4, comma g).

Sembra che gli studenti che hanno caricato il filmato possano essere qualificati come titolari dell'elaborazione, avendo preso l'iniziativa di trattare il filmato, nelle modalità offerte dalla piattaforma Google-Videos. Il Codice privacy (art. 5, comma 3) esclude dalla disciplina della protezione dei dati i trattamenti effettuati « da persone fisiche per fini esclusivamente personali », ma tale esclusione non copre la diffusione dei dati mediante siti accessibili al pubblico senza restrizioni. Ciò è stato affermato dal Gruppo di lavoro *ex* articolo 29 nella sua opinione sulle reti sociali (social networking): gli utenti di una rete sociale quando vanno al di là di un'attività puramente personale o casalinga (come avviene quando essi usano altre piattaforme tecnologiche per pubblicare dati personale sulla rete) diventano « titolari del trattamento ». Pertanto, essi sono soggetti alle norme sulla protezione dei dati, e in particolare hanno l'obbligo di ottenere il consenso delle persone le cui informazioni (o immagini) intendono rendere disponibili sull'Internet<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Gruppo di lavoro *ex* articolo 29. 'Parere 5/2009 sui social network on-line', adottato il 12 giugno 2009, p. 9. Di-

sponibile presso: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_it.pdf).

Avendo classificato i « caricatori » (uploader) del filmato come « titolari del trattamento », ci rimane da esaminare la posizione di Google. Google può essere qualificata in tre modi: o è titolare del trattamento, unitamente agli utilizzatori, o è un incaricato, che tratta i dati per conto degli utilizzatori, o è il mero fornitore di strumenti software e hardware impiegati dagli utilizzatori dei suoi servizi. Il giudice ha chiaramente respinto l'ultima opzione, ritenendo che Google sia titolare o almeno responsabile del trattamento. Si può argomentare che tale distinzione non sia rilevante ai nostri fini, dal momento che sia il titolare sia il responsabile del trattamento sono soggetti al Codice privacy. Ci possiamo tuttavia chiedere se alcune norme sulla protezione dei dati si applichino solo al titolare, e non al responsabile, quando il titolare abbia raccolto i dati trattati. In particolare, in questo caso si potrebbe sostenere che l'obbligo di ottenere il consenso dell'interessato e l'autorizzazione del Garante riguardi il solo titolare, dovendo il responsabile procedere per conto del titolare, sui materiali e sulla base delle istruzioni fornitegli. Pertanto il responsabile dovrebbe essere sanzionato solo per le proprie scelte, non per le scelte che riguardano il solo titolare dallo stesso titolare. Poiché sono stati i titolari (gli studenti) a caricare dati concernenti un terzo, spettava ad essi ottenere il consenso e più in generale rispettare le norme che disciplinano la raccolta dei dati.

#### 3.4. *Doveva Google richiedere il consenso dello studente disabile al fine di elaborare i suoi dati?*

Secondo il giudice Magi, come abbiamo osservato, Google in collaborazione con gli studenti autori del filmato, trattava illecitamente dati attinenti alla salute, senza il consenso dell'interessato e senza l'autorizzazione del Garante. Il giudice, tuttavia, cerca di evitare una conclusione troppo ampia, cioè la conclusione che il fornitore di una piattaforma per la diffusione di contenuti sull'Internet commetta un reato ogni qualvolta contenuti illeciti siano pubblicati sulla sua piattaforma, e in particolare, ogni qualvolta informazioni sulla salute siano diffuse senza il consenso dell'interessato. A questo proposito il giudice sviluppa due argomenti.

Il primo argomento consiste nell'osservazione che l'obbligazione di ottenere il consenso non è applicabile al fornitore della piattaforma quando l'utente pubblichi immagini di terzi. Infatti, argomenta il giudice, per adempiere a questa obbligazione, il provider dovrebbe controllare ogni immagine, e dovrebbe rifiutare ogni immagine che contenga dati personali (e in particolare dati sulla salute) qualora non gli sia fornita la prova del consenso di tutti gli individui riconoscibili nell'immagine, consenso che deve essere scritto per i dati sulla salute. Si tratta di comportamento impossibile (data l'enorme quantità di materiali caricati ogni giorno sul-

l'Internet), e quindi inesigibile: il provider sarebbe pertanto esonerato dall'obbligo di ottenere il consenso. Il secondo argomento, anch'esso tratteggiato dal giudice, riguarda il fatto che i dirigenti di Google non potevano sapere che il filmato era stato caricato senza il consenso dell'interessato e quindi non potevano possedere l'elemento soggettivo richiesto dal reato in questione.

Quindi, secondo il giudice Magi, i dirigenti di Google non potevano commettere un reato omettendo di richiedere il consenso allo studente disabile, perché innanzitutto erano esonerati da tale obbligo, e in subordine perché, anche se non fossero stati esonerati, non avrebbero avuto lo stato psicologico richiesto (la conoscenza che il consenso non era stato richiesto).

### 3.5. *Doveva Google informare gli autori del filmato circa la protezione dei dati?*

---

Sulla base di considerazioni sviluppate nel paragrafo precedente, sembra che il giudice avrebbe dovuto escludere la responsabilità penale dei dirigenti di Google, e avrebbe dovuto assolverli dal reato ad essi attribuito. Invece, come vedremo nelle sezioni seguenti, egli trova un modo diverso per giungere ad una conclusione positiva circa la responsabilità degli stessi: tale responsabilità viene fondata sul fatto che il filmato è stato trattato da Google senza adottare adeguate cautele, intese a prevenire la violazione dei diritti dell'interessato e in particolare senza informare adeguatamente i propri utenti (gli studenti che hanno caricato il filmato) dei loro obblighi attinenti alla protezione dei dati (l'obbligo di non pubblicare dati personali, in particolare sulla salute, al di fuori delle condizioni previste dalla legge). È difficile vedere, tuttavia, come questo comportamento omissivo possa fondare una responsabilità penale dei dirigenti di Google, responsabilità che deve fondarsi sulla violazione di un obbligo previsto dalla legge. A questo riguardo sono potenzialmente rilevanti gli obblighi che discendono dall'art. 17 del Codice privacy, attinente all'autorizzazione da parte del Garante, e gli artt. 13 e 16 attinenti all'ottenimento del consenso dell'interessato.

È vero che secondo l'art. 17 del Codice privacy per trattare dati personali attinenti alla salute si deve richiedere un'autorizzazione del Garante, e poi si debbono osservare le precauzioni stabilite dallo stesso. Tuttavia, le precauzioni da osservare, a pena di sanzione penale sono solo quelle stabilite dal Garante. Pertanto Google potrebbe aver violato l'art. 17 solo per non aver ottenuto l'autorizzazione del Garante per il trattamento di dati personali attinenti alla salute, pur sapendo che con ogni probabilità i suoi utilizzatori avrebbero caricato anche dati sulla salute di terzi. Possiamo supporre che Google non abbia richiesto tale autorizzazione ritenendo (e desiderando) che la sua attività di trattamento dati —

effettuata mediante server situati negli Stati Uniti — fosse governata esclusivamente dalla legge statunitense. La soggezione di tale attività alla sola legge statunitense era stata affermata dal Garante e ribadita in comunicazioni con Google, e sembra quindi che, anche se si accogliesse la tesi che Google abbia violato l'art. 17, si dovrebbe ritenere che ciò sia dovuto a un errore inevitabile di diritto (l'erroneo assunto che il trattamento sia governato solo dal diritto statunitense), un errore che, secondo una famosa decisione della corte costituzionale (n. 364/1988), esclude la responsabilità penale.

Passiamo a considerare l'obbligo di fornire informazioni sul trattamento dei dati. È vero che l'art. 13, comma 1 del Codice privacy richiede che « L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali » siano « previamente informati oralmente o per iscritto » sulle modalità del trattamento e sui diritti d'accesso e controllo. Tuttavia, questa disposizione è intesa a fornire all'interessato informazioni che gli consentano di decidere se fornire i propri dati e di esercitare i propri diritti. Tale disposizione non è applicabile al caso qui considerato, nel quale chi caricava i dati su Google-Videos era perfettamente consapevole di come i dati sarebbero stati trattati e distribuiti. Si può sostenere che, come vedremo nella sezione seguente, Google avrebbe dovuto informare gli autori del filmato dell'obbligo di non caricare dati illegalmente, ma quest'ultimo dovere è distinto dall'obbligo sanzionato penalmente di informare gli interessati circa l'ambito e gli obiettivi del trattamento e circa i loro diritti di accesso.

### 3.6. *Potrebbe Google essere civilmente responsabile (per fatto illecito)?*

L'esclusione di una responsabilità penale di Google non impedisce che questa sia responsabile civilmente. Infatti, l'art. 15 del Codice privacy stabilisce che « Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del Codice Civile ». Si tratta, come è noto della responsabilità per attività pericolose, che prescinde dalla colpa (pur ammettendo la prova liberatoria di aver adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno).

Pertanto, se si potesse provare che gli studenti non avrebbero caricato on-line il filmato qualora fossero stati informati su obblighi e sanzioni attinenti alla protezione dei dati, allora Google potrebbe essere responsabile. Si può certamente convenire che Google avrebbe potuto fornire una migliore informazione ai propri utenti. Come il Gruppo di lavoro ex articolo 29 ha affermato, nella sua opinione relativa alle reti sociali on-line, il fornitore di servizi di social networking dovrebbe « mettere in guardia gli utenti sui rischi per la loro privacy e per quella altrui » e comunicare loro

« che inserire dati su terzi può pregiudicare il diritto altrui alla privacy e alla protezione dei dati » e che « se desiderano pubblicare foto o dati riguardanti terzi, dovrebbero farlo solo con il consenso degli interessati »<sup>18</sup>.

È vero che Google aveva elencato, tra le condizioni per l'uso di Google-Videos, anche il requisito generico che chi caricava dati avrebbe dovuto rispettare i diritti di ognuno, inclusa la privacy, ma questo riferimento può considerarsi insufficiente, considerando gli specifici rischi attinenti alla privacy connessi con la distribuzione di filmati prodotti dagli utenti.

Pertanto, se si potesse stabilire un collegamento tra la mancata informazione sulla protezione dei dati e il caricamento del filmato, allora Google potrebbe ritenersi civilmente responsabile, ma si tratta di questione che va al di là del tema qui esaminato, la responsabilità penale del provider. È da osservare che il padre dello studente disabile ritirò la propria querela in seguito ad un accordo con Google sul risarcimento del danno, come ricorda il giudice nella motivazione della sentenza<sup>19</sup>.

Non si tratterebbe però di responsabilità per la pubblicazione di informazioni illecite, ma di responsabilità per il danno conseguente all'omissione di una fondamentale precauzione. Come vedremo nel seguito, l'obbligo di informare gli utenti sulla protezione dei dati sembra pienamente compatibile con la *ratio* dell'esenzione dalla responsabilità per gli host-provider: rispettare tale obbligo non richiede interventi censori rispetto alle informazioni ospitate nelle piattaforme on-line.

### 3.7. È Google esonerata da responsabilità, essendo un fornitore di servizi di hosting?

La difesa di Google ha richiamato l'esenzione dalla responsabilità prevista per gli host provider, affermando che Google, in quanto tale, non sarebbe responsabile per i contenuti forniti dai propri utenti. Per rispondere a questo argomento il giudice discute estesamente quale qualificazione giuridica sia applicabile a Google e in particolare se Google Italy, quale fornitore del servizio Google-Videos, sia un mero host provider o un fornitore di contenuti. Questa distinzione è rilevante in quanto sono esenti da responsabilità solo i fornitori di hosting (non i fornitori di contenuti). Secondo l'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico

<sup>18</sup> Gruppo di lavoro ex articolo 29. 'Parere 5/2009 sui social network on-line', adottato il 12 giugno 2009. Disponibile presso: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_it.pdf). p. 7.

<sup>19</sup> Il giudice menziona l'accordo come indizio del danno subito dallo studente disabile (Sentenza n. 1972/2010, p. 91).

(e l'art. 16 del Decreto legislativo di attuazione), l'attività dei fornitori di servizi di hosting consiste « nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio ».

Quando la Direttiva è stata emanata il fenomeno cui essa si rivolgeva (hosting) consisteva prevalentemente in siti web (pagine html e documenti collegati) predisposti dagli utenti. L'host-provider rendeva disponibile il server (spazio disco ed elaboratore) per memorizzare il sito, il collegamento verso l'Internet, e il software (il web-server) per accedere al sito (digitando un nome di dominio o usando un motore di ricerca). Negli ultimi anni il servizio di web-hosting ha subito una radicale trasformazione: i contenuti prodotti dagli utenti sono ora caricati su piattaforme che facilitano la preparazione dei contenuti e la loro pubblicazione in rete (tra i più diffusi: YouTube per i filmati, Facebook per le informazioni personali, Wordpress per i blog, Twitter per brevi messaggi, ecc.). La maggior parte delle piattaforme sono gestite da società commerciali che traggono profitto associando messaggi pubblicitari ai materiali prodotti dagli utenti, spesso (come nel caso di Google) selezionando automaticamente gli annunci sulla base del contenuto di quei materiali. Pertanto, la questione affrontata dal giudice è la seguente: un Internet provider è ancora un mero fornitore di hosting quando il provider abilita il caricamento di contenuti, la loro preparazione e successiva distribuzione, indicizza quei contenuti per facilitarne la ricerca, li collega a messaggi pubblicitari, e svolge tutte tali attività a scopo di profitto?

La conclusione del giudice è negativa rispetto a questo tipo di soggetto (che chiama *hoster attivo*), e quindi in concreto rispetto a Google: Google non è un mero *host provider*, è un « *hoster* » attivo e pertanto un fornitore di contenuti. Di conseguenza l'esclusione dalla responsabilità prevista dalla disciplina del commercio elettronico non si applicherebbe a Google-Videos (e similmente, non si applicherebbe a YouTube, Facebook, Wordpress, ecc.). Per sostenere questa conclusione il giudice fa riferimento ad una recente decisione (sentenza 49437 del 2009) della Corte di Cassazione che ha affermato la responsabilità penale, per la violazione della proprietà intellettuale, dei titolari di un sito web (il sito svedese *Pirate Bay*) per lo scambio *peer-to-peer* di contenuti digitali (scambio che avviene cioè senza che i contenuti siano registrati del sito, il quale si limita a porre in collegamento i computer degli utenti). La Corte di Cassazione ha affermato che fornendo accesso mediante indici ai contenuti nei computer degli utenti (anziché limitarsi a consentire la comunicazione tra gli utenti stessi) i titolari del sito avrebbero partecipato ai reati commessi dagli utenti.

L'adozione del concetto restrittivo di « *host provider* » proposto dal giudice Magi avrebbe un ampio impatto, non limitato al tema della protezione dei dati, sulla disciplina dell'informazione online: la clausola che esonera dalla responsabilità i fornitori di ser-

vizi di hosting non si applicherebbe ai fornitori delle più diffuse piattaforme per la distribuzione di contenuti digitali, fornitori che sarebbero quindi responsabili, in linea di principio, per tutti i contenuti illeciti caricati dai loro utenti. Infatti, per classificare Google come un fornitore di contenuti, il giudice Magi prende in considerazione diversi fattori (che potrebbero facilmente ritrovarsi, *mutatis mutandis*, presso altri fornitori di piattaforme): Google aveva attivamente stimolato il caricamento dei filmati su Google-Videos; aveva promosso la pubblicazione di contenuti prodotti dagli utenti senza controlli, al fine di superare la concorrenza di altre analoghe piattaforme; aveva attivamente contribuito all'organizzazione dei filmati, indicizzandoli e collegandoli a messaggi pubblicitari.

Questa conclusione contraddice però una recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>20</sup>, preceduta da un'opinione dell'avvocato generale Miguel Poiares Maduro<sup>21</sup>. Nella motivazione della decisione (riguardante l'uso di marchi di note imprese per attivare link a informazioni pubblicitarie, e il loro posizionamento nelle risposte fornite dal motore di ricerca di Google), la Corte ricorda che il prestatore di un servizio di hosting (« consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio ») non può essere ritenuto « responsabile per i dati che ha memorizzato su richiesta di un destinatario del servizio in parola, salvo che tale prestatore, dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detto destinatario, abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi ». Ricorda altresì la Corte che « il legislatore ha definito la nozione di “servizio della società dell'informazione” come comprendente i servizi prestati a distanza mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione di dati, a richiesta individuale di un destinatario di servizi e, normalmente, dietro retribuzione ».

Pertanto « la semplice circostanza che il servizio di posizionamento sia a pagamento, che la Google stabilisca le modalità di pagamento, o ancora che essa dia informazioni di ordine generale ai suoi clienti, non può avere come effetto di privare la Google delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31 ». Secondo la Corte la responsabilità può solo riguardare « il ruolo svolto dalla Google nella redazione del messaggio commer-

<sup>20</sup> Sentenza della Corte Giustizia dell'Unione Europea, 23 marzo del 2010, Casi da C-236/08 a C-238/08, Paragrafo 109, in questa Rivista, *infra* p. 707, con nota di G. SPEDICATO; nonché presso: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Le->

[xUriServ.do?uri=CELEX:62008J0236:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0236:EN:HTML).

<sup>21</sup> Disponibile presso: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79909077C19080236&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>.

ciali che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione di tali parole chiave ». La responsabilità non può riguardare i contenuti prodotti dagli utenti, qualora il provider svolga un ruolo « meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza ».

Non possiamo qui approfondire il concetto di neutralità, ma ci sembra che contrariamente all'opinione del giudice Magi, per distinguere i fornitori di hosting dai fornitori di contenuti non ci si può basare sulla natura commerciale del servizio fornito, né sul fatto che il caricamento dei materiali e l'accesso ad essi siano oggetto di promozione pubblicitaria, e neppure sul fatto che il servizio sia a pagamento. L'accento deve essere sulla connessione tra il fornitore e l'informazione resa disponibile sul sito, distinguendo il ruolo del fornitore stesso rispetto a diversi contenuti. Pertanto, si potrebbe discutere se, dato il funzionamento di Adwords (che descriveremo nel seguito), Google sia un fornitore di contenuti rispetto ai link pubblicitari attivi presso i suoi servizi, ma certamente non è un fornitore di contenuti (è un mero hoster) rispetto ai filmati caricati autonomamente dagli utenti (anche se gli utenti sono stati motivati da un'iniziativa di marketing promossa da Google).

### 3.8. *Un'esenzione per la libertà di espressione?*

Né il giudice né le parti hanno considerato la possibilità di escludere la responsabilità penale nel caso in esame con riferimento alla tutela della libertà della manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica<sup>22</sup>. A norma dell'articolo 136 e 137 del Codice privacy né il consenso dell'interessato né l'autorizzazione del Garante sono richieste per il trattamento di dati (anche attinenti alla salute) temporaneo finalizzato esclusivamente alla pubblicazione o diffusione occasionale di articoli, saggi e altre manifestazioni del pensiero anche nell'espressione artistica. Pertanto, se il filmato fosse considerato un'espressione artistica (benché aberrante) il reato attribuito a Google non sarebbe stato commesso.

Ovviamente, gli autori del filmato dovrebbero comunque affrontare le imputazioni di maltrattamenti, ingiuria e diffamazione, ma non avrebbero commesso alcuna violazione della disciplina sulla protezione dei dati (almeno per quanto riguarda l'illegittimo trattamento di dati attinenti alla salute). Non svilupperemo ulteriormente questo argomento, che richiederebbe un attento esame di vari aspetti, come i diversi diritti e valori implicati, la mi-

<sup>22</sup> Sulla libertà di espressione vedi per tutti, ZENO-ZENCHOVICH, *Freedom of Expression: A Critical and Comparative Analysis* (Routledge, London, 2008).

nore età dell'interessato, ecc. Tuttavia, speriamo che possa contribuire a illustrare la difficoltà del compito che Google dovrebbe affrontare, se dovesse operare quale guardiano della sua piattaforma per filmati: non solo Google dovrebbe controllare se siano pubblicati dati personali o sensibili, ma dovrebbe anche accertare se non ricorrano le condizioni perché i dati siano comunque pubblicabili, in omaggio alla libertà di manifestazione del pensiero ed espressione artistica.

#### 4. CHE COSA MANCA?

Riassumiamo l'argomento fondamentale del giudice. La mancanza giuridica (e morale) che il giudice attribuisce a Google è la seguente: Google promuoveva il caricamento senza restrizioni di contenuti da parte degli utenti, anziché limitarsi a fornire filmati di alta qualità, come facevano alcuni concorrenti. Google sapeva che tale politica avrebbe condotto alla pubblicazione di materiali illegali, ma l'adottava ugualmente, per conquistare una più ampia quota del mercato, alla ricerca del profitto. Inoltre, sempre a scopo di profitto, Google non adottava misure cautelative che avrebbero potuto prevenire il caricamento di materiali illegali: Google non esercitava alcun controllo preventivo sui materiali caricati, non poneva alcun filtro teso ad identificare materiali potenzialmente dannosi e non informava i suoi utenti (interessati a pubblicare materiali sulla piattaforma) che certi contenuti (in particolare quelli contenuti dati personali attinenti alla salute) avrebbero violato la disciplina della protezione dei dati, esponendo chi li pubblicava online a sanzioni giuridiche. Pertanto, secondo il giudice, Google deve considerarsi penalmente responsabile per il trattamento di dati attinenti alla salute in mancanza delle condizioni richieste dalla legge (informare l'interessato, ottenerne il consenso, ottenere l'autorizzazione del garante, rispettarne le prescrizioni).

Ci sembra che questo modo di affrontare il tema sottoposto al giudice mostri non solo un discutibile orientamento politico-giuridico, ma anche un'incompleta comprensione degli interessi e dei valori in discussione.

È vero, Google trae profitto dall'attività dei suoi utenti, che pubblicano materiali sulle piattaforme fornite da Google stessa. Attraverso l'opera di centinaia di migliaia di utenti-caricatori Google ottiene la disponibilità di un enorme deposito di filmati, cui accedono centinaia di milioni di utenti-scaricatori. Indicizzando questi filmati e rendendoli accessibili sulla propria piattaforma, Google ottiene grandi profitti. Ciò si realizza principalmente fornendo agli utenti che cercano un filmato due tipi di risultati. Sul lato sinistro dello schermo compaiono i risultati « naturali » della ricerca, cioè i link verso i filmati più rilevanti rispetto all'interrogazione dell'utilizzatore (secondo gli algoritmi del motore di ricerca di Google). Sul

lato destro, invece, vengono mostrati link (accompagnati da brevi commenti) di natura pubblicitaria, che rinviano a messaggi pubblicitari o a siti commerciali. Ad esempio, se si effettua una ricerca su YouTube (o Google-Videos) usando la parola « Beatles », a sinistra si trovano link a filmati di canzoni dei Beatles disponibili su YouTube, mentre a destra si trovano link a spettacoli televisivi, a siti dove acquistare film o dischi dei Beatles, ma anche giochi per computer e profumi. Allo stesso modo, se si utilizza invece il termine « Glassworks » (lavori in vetro), al fine di trovare filmati o musiche riguardanti le composizioni di Philip Glass così denominate, si troveranno sul lato sinistro filmati di diversi artisti che eseguono pezzi tratti da Glassworks (con la possibilità di acquisto da negozi online, cliccando sull'apposito bottone), mentre a destra si vedranno link che puntano a produttori o venditori di vetri isolanti, ceramiche in vetro, vetri artigianali e artistici, ecc. Similmente, se si usa il termine di ricerca « studente », si rinverranno a sinistra link verso diversi filmati su studenti, per la maggior parte prodotti da studenti (studente divertente, studente sexy, studente arrestato in classe, ecc.) mentre a destra si troveranno link verso corsi universitari, master, offerte di lavoro, e altri prodotti potenzialmente interessanti per gli studenti.

Questi risultati si spiegano considerando che gli imprenditori interessati ad una pubblicità mirata possono acquistare AdWord (parole per la pubblicità) da Google. Ciò significa che essi possono indicare le parole il cui utilizzo nella ricerca attiverà la visualizzazione (a destra dello schermo) dei loro link pubblicitari e l'ammontare che sono disposti a pagare ogni qualvolta un utente clicchi su tali link. In questo modo gli inserzionisti partecipano ad un'asta che determina se il loro link sarà visualizzato, e in quale posizione (chi offre di più otterrà una posizione più elevata nella lista dei link pubblicitari). La posizione del link non è però determinata solo dall'asta, ma anche dalla qualità del messaggio pubblicitario ad esso collegato, misurata da Google sulla base di un insieme di fattori (quante volte il link è utilizzato, la rilevanza dei contenuti collegati al link rispetto all'AdWord acquistata, la qualità delle pagine collegate, ecc.).

Quindi, nel fornire il servizio Google-Videos (ora YouTube) Google è motivata dalla ricerca del profitto, ma il profitto è il risultato di attività condotte dagli utenti, attività che la piattaforma di Google abilita o facilita: grazie al libero accesso alla piattaforma alcuni utenti (solitamente non commerciali) godono della possibilità di pubblicare di materiali on-line, altri della possibilità di scaricare quei materiali, altri infine (commerciali) della possibilità di farsi pubblicità.

È vero, Google trae vantaggio da tali attività, ma ci dobbiamo chiedere se ciò è sufficiente affinché essa sia responsabile per le conseguenze negative di tali attività (ad esempio, diffamazione, violazione del copyright, violazione della protezione dei dati).

Un celebre motto giuridico afferma che « cuius commoda eius et incommoda » — chi gode dei vantaggi di un'attività dovrebbe anche sostenere gli svantaggi da essa causati. Seguendo questa idea si potrebbe sostenere, con il giudice Magi, che poiché Google trae profitto dalle attività che essa abilita mediante la propria piattaforma, essa dovrebbe farsi carico delle perdite (delle « esternalità negative ») subite da terzi a causa di tali attività, e eventualmente essere soggetta a responsabilità penale quando tali attività fossero penalmente rilevanti.

#### 4.1. Quali « commoda » e quali « incommoda »?

Dobbiamo tuttavia adottare una più ampia visione dei vantaggi e degli svantaggi collegati all'uso di una piattaforma come Google-Videos, una visione che prenda in considerazione le opportunità individuali così come gli effetti sociali.

Il contesto è quello del cosiddetto Web 2.0, cioè dei recenti sviluppi della rete caratterizzati dalla crescente importanza dei contenuti prodotti dagli utenti (user-generated contents). In questo contesto il Web non è solo l'infrastruttura mediante la quale possiamo comunicare, svolgere attività economiche ed amministrative, accedere a contenuti culturali. Il Web è divenuto il luogo nel quale le persone possono esprimersi, costruire le proprie immagini pubbliche, interagire con amici e conoscenti, produrre informazione e conoscenza, partecipare alla cultura e contribuire al dibattito sociale e politico. Ciò si realizza mediante diverse infrastrutture e strumenti software, che abilitano le nuove dimensioni del Web: condividere contenuti (testi, fotografie, filmati, musica), realizzare blog, commentare contenuti altri, produrre contenuti intellettuali in modo cooperativo, entrare in reti sociali, ecc.

È vero, era possibile caricare contenuti in rete e renderli pubblicamente accessibili già prima dell'avvento del Web 2.0. Fin dai suoi inizi l'Internet consentiva la condivisione di file (file-sharing) e la creazione di gruppi di discussione (basati sulla condivisione di e-mail). Tuttavia le piattaforme del Web 2.0 rappresentano un importante progresso: in combinazione con l'accresciuta efficacia e la più ampia disponibilità degli strumenti informatici per la creatività individuale e per la produzione cooperativa, queste piattaforme hanno enormemente facilitato la partecipazione attiva dei loro utenti. Grazie a tali piattaforme centinaia di milioni di dilettanti (e professionisti) partecipano alla produzione di notizie, software, lavori letterari, fotografie, filmati, ecc.<sup>23</sup>. Ciò avviene affi-

---

<sup>23</sup> Vedi LESSIG, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* (Penguin Press, 2008).

dando alla folla degli utenti (crowdsourcing) la produzione di raccolte di contenuti accessibili sul Web (YouTube, Google-Videos, Flickr, Twitter, MySpace, Facebook, ecc.): tali raccolte (e le loro sezioni) uniscono i contributi separati di tanti individui in opere collettive il cui valore d'uso supera largamente il valore dei contributi individuali che tali opere collettive contengono. Sforzi cooperativi più consapevoli caratterizzano i progetti per la produzione di software a sorgente aperta (open source: Linux, Firefox, OpenOffice, distribuzioni Tex and Latex, ecc.), o di opere intellettuali condivise (Wikipedia). Inoltre, le iniziative diffuse, molteplici e diversificate degli utenti del Web si combinano con l'emergere di funzioni tese a filtrare e organizzare l'informazione prodotta, aggregando le scelte dei singoli in risultati che possano essere rilevanti per altri: i blog si organizzano in raggruppamenti (cluster) intorno a centri (hub) significativi, le preferenze individuali vengono aggregate in valutazioni di reputazione, le reazioni degli utenti ai messaggi indesiderati (spam) contribuiscono ai sistemi di filtraggio, i link alle pagine web vengono aggregati in indici di rilevanza (come nel motore di ricerca di Google, che considera più rilevanti le pagine riceventi più collegamenti)<sup>24</sup>. Tim O'Reilly (che ha contribuito a dare il significato oggi in uso al termine « Web 2.0 ») ha osservato che il Web 2.0 consiste nello sfruttare l'intelligenza collettiva, cioè nel gestire, comprendere, e rispondere a, enormi quantità di dati prodotti dagli utenti<sup>25</sup>. Secondo alcuni autori sta emergendo una nuova forma di produzione, la produzione paritetica di contenuti (peer-production of content), che può superare alcune limitazioni delle presenti forme organizzative per le attività economiche (il mercato e l'impresa), favorendo lo sviluppo umano e la cooperazione<sup>26</sup>.

In questo contesto, le imprese del Web svolgono un ruolo decisivo: esse operano a scopo di profitto, ma offrono agli individui la possibilità di contribuire alla comunicazione e alla conoscenza, e forniscono informazioni ottenute aggregando i contributi degli stessi individui. Mentre di regola l'impiego della piattaforma è concesso gratuitamente, alcune attività connesse generano reddito: la pubblicità sui siti è fornita a fronte di un corrispettivo da parte degli inserzionisti, le informazioni aggregate risultanti

<sup>24</sup> Sui vari modi in cui l'informazione è fornita ed aggregata, vedi SUNSTEIN, *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge* (Oxford University Press, Oxford 2006).

<sup>25</sup> O'REILLY, 'What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software'; O'REILLY, 2005, Disponibile presso: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-2.0.html>; O'-

REILLY and BATTELLE, 'Web Squared: Web 2.0 Five Years On'; O'Reilly, 2009, Disponibile presso: [http://assets.en.oreilly.com/1/event/28/web2009\\_websquared-whitepaper.pdf](http://assets.en.oreilly.com/1/event/28/web2009_websquared-whitepaper.pdf).

<sup>26</sup> Vedi, in particolare, BENKLER, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedoms* (Yale University Press: New Haven, Conn. 2006).

dalle scelte individuali possono essere fornite a pagamento (ad esempio, dati aggregati sulle preferenze dei consumatori, estratti dal comportamento on-line degli stessi, possono essere venduti alle imprese interessate). Di solito gli utenti mettono a disposizione gratuitamente i loro contenuti (senza percepire corrispettivi dal gestore della piattaforma), benché in alcuni casi possa essere fornita una ricompensa agli utenti per partecipare a una raccolta di informazioni o per svolgere lavoro non qualificato.

In questo modo la creatività individuale, motivata dai più diversi interessi, spesso non ispirata da obiettivi commerciali, si combina con l'attività delle società commerciali del Web (Web-companies), tesa al profitto. Questa attività è chiaramente rivolta all'interesse particolare di tali società, ma può tuttavia essere neutrale, nel senso di essere orientata ad abilitare e facilitare l'azione degli utenti (ad esempio fornendo loro l'opportunità di esprimere il proprio pensiero o la propria creatività, di presentarsi al pubblico, di partecipare ad attività commerciali, ecc.) e a fornire informazioni agli utenti stessi, organizzando e aggregando i materiali forniti da questi (ad esempio, costruendo indici di reputazione sugli operatori commerciali del web, o indici di rilevanza per i siti web).

Pertanto l'attività rivolta al profitto dei fornitori delle piattaforme realizza strumenti per la creatività individuale e organizza l'informazione fornita dagli individui in modo che essa divenga conoscenza sociale, sulla base della quale ulteriori servizi possono essere offerti agli individui o alle entità commerciali. Quando la « generatività di Internet »<sup>27</sup> opera nel modo migliore, i contributi individuali sono agevolati da operatori commerciali che competono per attirare gli utenti offrendo loro un più ampio spettro di scelte ed opportunità per la creatività individuale, così come l'accesso a informazioni di interesse. Pertanto può attuarsi un'utile sinergia: gli individui generano una crescente quantità di contenuti, e gli operatori commerciali generano migliori servizi per accogliere e aggregare quei contenuti. In questo modo i bisogni individuali, così come i diritti degli individui (libertà di manifestazione del pensiero, di espressione, comunicazione, partecipazione alla cultura) possono realizzarsi in un'economia capace di sostenersi e svilupparsi in un quadro di auto-organizzazione e autoregolamentazione.

#### *4.2. Il problema della responsabilità del provider.*

Ovviamente le cose non procedono sempre nel modo idilliaco sopra considerato. Gli operatori commerciali possono adottare ini-

<sup>27</sup> Vedi ZITTRAIN, 'The Generative Internet' (1994). Harvard Law Review Vol. 119:1974-2006. p. 1993; ZITTRAIN, *The Fu-*

*ture of the Internet* (Yale University Press, New Haven, Conn. 2009).

ziative che violano gli interessi (e i diritti) dei loro utenti. In particolare, essi possono violare la disciplina della protezione dei dati raccogliendo o trasmettendo informazioni personali senza il consenso degli utenti, o comunque al di là dei limiti stabiliti dalla legge. Come abbiamo sopra osservato la questione dell'applicazione della disciplina europea sulla protezione dei dati alle informazioni raccolte nell'Unione, ma trattate al di fuori di essa, richiede una chiarificazione da parte delle autorità competenti e del loro coordinamento europeo (Gruppo di lavoro *ex* articolo 29). Se si applicasse la disciplina europea sulla protezione dei dati, i provider dovrebbero essere responsabili per tutte le violazioni, civili o penali, da essi commesse trattando illegalmente i dati personali degli utenti. Il caso che abbiamo qui considerato, tuttavia, riguarda una questione diversa, cioè la responsabilità dei provider per il trattamento illecito di informazioni su terzi, fornite dai loro utenti.

Come abbiamo visto, il giudice Magi, pur considerando i dirigenti di Google penalmente responsabili per non avere adottato le precauzioni necessarie e in particolare per non aver informato gli autori del filmato circa le loro responsabilità giuridiche, afferma che la legge non potrebbe richiedere ai provider di controllare individualmente ogni contenuto caricato sulla piattaforma: ciò sarebbe impossibile e quindi inesigibile. A nostro parere, è vero che controllare ogni contenuto prima che sia caricato sarebbe estremamente costoso (se tale controllo fosse affidato ad operatore umano), ma tale controllo non sarebbe in linea di principio impossibile, ed esistono tecniche che consentirebbero un controllo automatico pervasivo (anche se non infallibile). Pertanto la supposta « impossibilità di controllare » non spiega adeguatamente l'esenzione dei provider dalla responsabilità per i contenuti prodotti dagli utenti. La ragione dell'esenzione risiede invece nei diritti e negli interessi collettivi ulteriormente implicati nell'uso delle piattaforme on-line: i diritti di libertà degli interessati e i vantaggi sociali che risultano dal libero esercizio di tali diritti. Come si è spesso osservato, stabilire la responsabilità del provider per i contenuti prodotti dagli utenti presuppone che il provider sia autorizzato ad esercitare controlli atti a prevenire la sua responsabilità, cioè, che gli sia conferito il potere di escludere tutti i contenuti la cui pubblicazione potrebbe renderlo responsabile. Il provider diventerebbe allora il guardiano dell'ingresso (*gate-keeper*) di Internet, ed eserciterebbe un controllo preventivo sulla pubblicazione dei contenuti generati dagli utenti. Di conseguenza, ogni informazione potenzialmente controversa sarebbe probabilmente impedita dall'ottenere la visibilità pubblica. In particolare ogni informazione relativa a terzi sarebbe bloccata preventivamente dal provider, per timore di incorrere in incriminazioni o azioni di responsabilità civile per violazione della disciplina della protezione dei dati (o della proprietà intellettuale). La libertà degli utenti di esprimere le proprie opinioni e di partecipare nella creazione

della cultura soffrirebbe inaccettabili limitazioni e inoltre si comprometterebbe la « generatività » di Internet<sup>28</sup>.

Come abbiamo sopra osservato, il diritto dell'Unione Europea (come il diritto statunitense) ha trovato un ragionevole bilanciamento tra le libertà di Internet e la protezione dei terzi, mediante un sistema a due livelli: i fornitori delle piattaforme sono esonerati dalla responsabilità per i contenuti illegali generati dagli utenti, ma questa esenzione non si applica se il provider non si è attivato dopo essere stato informato dell'illegalità dei contenuti. Si è autorevolmente sostenuto che questo modello dovrebbe trovare applicazione anche alla protezione dei dati, al fine di bilanciare la privacy e la libertà di espressione<sup>29</sup>. In Europa si possono avere però dei dubbi sull'applicabilità di questo modello alla protezione dei dati, poiché la Direttiva sul commercio elettronico esclude espressamente (art. 1, comma 5, *b*) l'ambito della protezione dei dati dalle esenzioni di responsabilità previste per i provider.

A nostro parere questi dubbi possono essere risolti coordinando in via interpretativa, protezione dei dati e disciplina della responsabilità. I fornitori di piattaforme dovrebbero essere pienamente responsabili (senza alcuna esenzione) quando elaborano dati personali sugli utenti che essi hanno richiesto agli utenti stessi o hanno estratto dall'attività on-line di quelli (questi dati dovrebbero essere soggetti a tutte le norme sulla protezione dei dati); al contrario, i provider dovrebbero essere esonerati da responsabilità quando elaborino contenuti caricati dagli utenti e contenenti informazioni su terzi. I provider che indicizzano e rendono disponibili contenuti prodotti e caricati dagli utenti non svolgono infatti il ruolo di titolari del trattamento; essi sono meri responsabili che eseguono le richieste degli utenti (solo questo dovrebbe infatti essere il ruolo fisiologico dell'host provider rispettoso delle scelte dell'utente). Peraltro, in assenza di chiare indicazioni legislative, riteniamo sarebbe opportuno che le autorità competenti rimovesero le presenti incertezze circa l'applicazione della disciplina della protezione dei dati ai provider, sperabilmente seguendo l'indirizzo liberale appena tratteggiato in via interpretativa.

Il diritto italiano mostra una particolare attenzione per l'esigenza di prevenire la censura preventiva da parte dei provider: migliorando la disciplina prevista dalla direttiva europea (che richiede che i provider rimuovano i contenuti illegittimi di cui sono a conoscenza), la legge italiana stabilisce che l'esenzione dalla re-

---

<sup>28</sup> Per una discussione sulla libertà di espressione/manifestazione del pensiero e la responsabilità dei provider, vedi, BALKIN *The Future of Free Expression in a Digital Age* (2008). Pepperdine Law Review Vol. 36: 101-18.

<sup>29</sup> SOLOVE, *The Future of Reputation* (Yale University Press: New Haven, Conn. 2008).

sponsabilità è inapplicabile solo quando il provider abbia ommesso di rimuovere i contenuti illegittimi dopo esserne stato richiesto da un'autorità giudiziaria o amministrativa, o non abbia informato una tale autorità dopo aver essere venuto a conoscenza di presunte informazioni illecite<sup>30</sup>. Questa disciplina affidata alla competente autorità giudiziaria o amministrativa il compito di stabilire se si debba rimuovere un contenuto ritenuto illegittimo. Quindi il provider è liberato non solo dalla necessità di controllare ogni contenuto caricato sulla piattaforma, ma anche dalla necessità di effettuare difficili ed incerte valutazioni giuridiche per stabilire l'illiceità di particolari contenuti, valutazioni che possono richiedere il bilanciamento di diritti fondamentali.

Nel caso presente, Google ha rispettato la disciplina sulla responsabilità degli host provider, provvedendo a rimuovere il filmato appena richiestane da parte della Polizia Postale italiana. Inoltre ha adempiuto alle richieste della polizia fornendo le informazioni che hanno consentito di identificare gli studenti autori del video, e di condannarli per i reati da essi commessi (maltrattamenti e ingiurie).

Infine il fatto che un provider operi a fini di profitto non esclude l'applicabilità dell'esenzione dalla responsabilità, qualora il profitto risulti dall'abilitare e facilitare l'attività degli utenti. Ciò è stato affermato con chiarezza nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sopra menzionata<sup>31</sup>, secondo la quale l'esenzione per gli host-provider si applica anche quando il provider mostra link pubblicitari a pagamento, a condizione che il contenuto della pubblicità sia stabilito dall'utente stesso. Invece l'esenzione non si applica ai provider la cui azione vada al di là della « funzione naturale » della piattaforma, cioè, al di là della funzione di abilitare e facilitare le attività degli utenti (pubblicare contenuti, ricercare materiali, o anche farsi pubblicità): i provider sono responsabili quando producono i contenuti o rivolgono il funzionamento della piattaforma verso il proprio interesse immediato (a scapito dell'utente). Finché il profitto del provider si ottiene potenziando le capacità dell'utente, non c'è conflitto tra ricerca del profitto ed esenzione da responsabilità.

## 5. CONCLUSIONE.

Ci sembra che la decisione del giudice Magi sia criticabile sotto diversi aspetti.

---

<sup>30</sup> Sulla responsabilità dei ISP secondo la legge italiana, vedi PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, (2009), in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol 25: 705-34.

<sup>31</sup> Sentenza della Corte Europea di Giustizia 23 marzo del 2010, Casi C-236/08 a C-238/08.

Innanzitutto, non approfondisce adeguatamente alcuni presupposti fondamentali della responsabilità penale, e in particolare, l'applicabilità della legge italiana e la presenza dell'elemento psicologico caratterizzante il reato.

In un secondo luogo, non fornisce una precisa analisi del perché l'omessa comunicazione agli utenti-caricatori dei loro obblighi attinenti alla protezione dei dati possa qualificarsi come mancata informativa ai sensi della disciplina della privacy (l'informativa dovendo riguardare gli scopi del trattamento e i diritti di controllo).

In terzo luogo, non coglie il ruolo dei fornitori di piattaforme nel contesto del Web 2.0, ed in particolare la loro funzione abilitante e facilitatrice rispetto alla produzione di contenuti da parte degli utenti.

In conclusione, contro la tesi esposta da giudice Magi, a noi sembra che le limitazioni della responsabilità previste per gli host provider dovrebbero applicarsi anche al trattamento di dati personali contenuti nei materiali prodotti e caricati dagli utenti su piattaforme on-line. Tali limitazioni, come disciplinate dal decreto sul commercio elettronico, forniscono un bilanciamento adeguato anche degli interessi e dei diritti qui considerati. Queste considerazioni non escludono che i provider abbiano il dovere di adottare iniziative volte ad educare gli utenti circa la protezione dei dati. In particolare, i provider dovrebbero essere indotti (anche mediante appropriati provvedimenti del Garante) a fornire ai loro utenti migliori informazioni sull'esigenza di rispettare i diritti dei terzi, come suggerito dal Gruppo di lavoro *ex* articolo 29. Pensiamo che l'obbligo di adottare tali iniziative sarebbe compatibile la ratio dei limiti della responsabilità degli host provider, perché il suo adempimento non comporterebbe l'imposizione di alcuna censura sugli utenti, ma si limiterebbe a renderli consapevoli dei loro preesistenti doveri inerenti alla protezione dei dati.