

LEONARDO BUGIOLACCHI

PRINCIPI E QUESTIONI APERTE IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DELL'INTERNET PROVIDER. UNA SINTESI DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. Internet e le regole della responsabilità civile. — 2. La responsabilità dell'internet service provider: un'analisi comparatistica. — 2.1. La responsabilità dell'isp negli Stati Uniti. — 2.2. La responsabilità dell'isp in Gran Bretagna. — 2.3. La responsabilità dell'isp in Germania. — 2.4. La responsabilità dell'isp in Francia. — 3. La responsabilità dell'isp in Italia. — 4. Linee di una responsabilità « europea » dell'isp (anche alla luce della recentissima direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. — « Direttiva sul commercio elettronico »).

I. INTERNET E LE REGOLE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Il provider è il soggetto che, attraverso la propria organizzazione di mezzi e servizi, offre agli utenti l'accesso alla rete di reti che costituisce l'Internet¹.

La sua rilevanza è assolutamente centrale, in quanto il provider si pone come la necessaria interfaccia tra l'utente finale ed i gestori della grandi linee telefoniche nazionali ed internazionali².

In questo modo egli viene a trovarsi, come è stato osservato in dottrina³, « alla confluenza di due relazioni di natura privatistica di cui egli è parimenti parte »: da un lato con l'operatore di telecomunicazioni, dall'altro con l'utente finale⁴.

¹ Sulle « ricadute » giuridiche del fenomeno Internet la letteratura è già vastissima. Per tutti si veda FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in questa *Rivista*, 2000, 271.

² Tutto ciò anche se il carattere di necessità dell'attività dei provider cc.dd. « puri » comincia a venir meno, vista l'attuale strategia di ingresso nel mercato dell'accesso ad Internet anche degli operatori di telefonia vocale. Questi ultimi sono in grado addirittura di offrire accesso senza corrispettivo di canone ad Internet potendo comunque contare sugli introiti derivanti dalla quote che l'ex monopolista at-

tribuisce loro sulle somme incassate sulla base dei tempi di collegamento in regime di interconnessione.

Per un'analisi dei vari soggetti che rendono possibile l'accesso a Internet e delle rispettive attività si veda l'interessante saggio di SARTI, *I soggetti di Internet*, in *AIDA*, 1996, 5 ss.

³ COSTANZO, *Ascesa (e declino?) di un nuovo operatore telecomunicativo - Aspetti giuridici dell'Internet service provider*, in *Dir. radiodiff. e tel.*, 1999, 88.

⁴ Il rapporto privatistico tra provider-fornitore d'accesso e utente è solitamente qualificato come appalto di servizi.

La fornitura dell'accesso da parte del provider è propedeutica alla fruizione da parte degli utilizzatori di tutti gli altri servizi telematici offerti dalla Rete, tanto è vero che il contratto con il quale si ottiene la connessione è stato considerato quale mera condizione di partenza per l'accesso a servizi a valore aggiunto⁵. Basti pensare, tanto per richiamare qualche esempio, al provider che fornisca il servizio di posta elettronica, oppure quello di costruzione di pagine web, o che consenta l'ingresso dell'utente in servizi di messaggiera pubblica, quali newsgroups, mailing lists, chat, etc.⁶

Il fornitore di servizi Internet non si configura quindi, in tali casi, soltanto quale *access provider* ma assume piuttosto la qualificazione di *service provider* (più esattamente di « *Internet service provider* », il cui acronimo « Isp » sarà spesso utilizzato nel testo).

Anzi, a ben vedere, in molti casi opera esclusivamente quale *service provider*, in quanto può ospitare su siti che gestisce tramite il proprio *server* anche i dati immessi da utenti che hanno ottenuto l'accesso alla rete mediante contratti stipulati con un diverso provider⁷.

Mediante l'utilizzazione di tali ulteriori servizi, nei quali si concretizza una parte rilevante della navigazione in Internet, ogni utente può svolgere attività, consistenti soprattutto nell'immissione di contenuti, causative di una molteplicità di illeciti civili.

In tali casi l'illecito eventualmente posto in essere non assume necessariamente una autonomia concettuale in quanto commesso *on line* ma mantiene i medesimi caratteri di illiceità che possedeva fuori dalla rete: Internet, in queste ipotesi, costituisce semplicemente il mezzo attraverso il quale viene commesso l'illecito⁸.

Per tale qualificazione si veda in dottrina SARZANA F. *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Milano, 2001, 63 ss.; DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *Giust. civ.* 1997, II, 95 ss.; DELFINI, *Il D.p.r. 513/97 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998, 304. Il rapporto tra gestore telecomunicativo e provider è invece solitamente qualificato come locazione, sebbene non sia stato finora oggetto di particolare indagine in dottrina. Sul punto si veda COSTANZO, *op. loc. cit.*. Questo dal punto di privatistico. Dal punto di vista pubblicistico infatti il provider, quale soggetto operante in un settore a tutt'oggi considerato di interesse generale e quindi sottratto al libero gioco del mercato (quello dei servizi di telecomunicazioni), è sottoposto alla regolazione amministrativa prevista per i fornitori di servizi telecomunicativi (attualmente il d.lgs. n. 318/1997 e la l. n. 249/1997). Di particolare rilievo sembra la disciplina relativa alle condizioni richieste per l'effettuazione dell'offerta al pubblico dell'accesso a Internet. Quest'ultimo servizio è infatti subordinato, come ogni altro servizio telecomunicativo diverso dalla telefonia vocale e dall'installazione e fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni, ad una autorizzazione generale ri-

lasciata sulla base dei criteri di cui all'allegato F del decreto n. 318/97. Sul punto si veda COSTANZO, *op. loc. cit.*

Sulla disciplina amministrativa del settore delle comunicazioni in generale si veda da ultimo BONELLI e CASSESE (curr.), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999.

⁵ In questo senso CAMMARATA, *Isp tra la protesta e le nuove opportunità del mercato*, in *www.interlex.com/attualit/mercato*.

⁶ Sui servizi aggiuntivi offerti dai provider si veda ALBERTINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, 95.

⁷ Si pensi ad esempio all'iscrizione di Tizio ad un newsgroup, realizzabile semplicemente inviando un messaggio di posta elettronica al sito desiderato. In tal caso il servizio aggiunto è ottenuto mediante la messa a disposizione del sito che ospita il newsgroup da parte di un provider che può ben essere diverso da quello con cui Tizio ha stipulato il contratto di accesso.

⁸ Tale osservazione è efficacemente sintetizzata dalla formulazione « ciò che è illegale fuori dalla rete è illegale anche sulla rete » adottata dalla Commissione europea nella comunicazione del 16 ottobre 1996 dal titolo « *Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet* ».

Tra gli illeciti civili realizzabili attraverso Internet, a scopo meramente esemplificativo, possono evidenziarsi i seguenti: la violazione delle disposizioni poste a protezione del diritto d'autore, allorché documenti, immagini ed altre opere dell'ingegno vengano riprodotti e resi pubblici *on line* senza l'autorizzazione dell'autore o del titolare dei diritti di utilizzazione economica sugli stessi; la lesione di diritti della personalità, come quelli all'onore, alla reputazione, all'identità personale di un soggetto mediante la diffusione in rete di notizie o immagini che lo riguardano; l'illecito trattamento di dati personali in violazione della l. n. 675/96; la concorrenza sleale, in caso di immissione in rete di informazioni lesive ai sensi dell'art. 2598 c.c. nei confronti di imprese concorrenti; la violazione delle norme in materia di marchi e brevetti⁹.

L'estrema facilità di immissione di contenuti scritti o visivi, i quali divengono fruibili in tempo pressoché reale da parte di chi si trovi a consultare un sito web, oppure a partecipare ad un newsgroup, se da un lato rappresenta una eccezionale realizzazione del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero, dall'altro aumenta a dismisura la possibilità di commissione di illeciti per la violazione di situazioni protette di terzi, danneggiati dai dati immessi¹⁰.

L'elevata potenzialità dannosa degli illeciti commessi a mezzo Internet, unita al rischio di una dimensione quantitativamente rilevante degli stessi, ripropone la più generale questione del bilanciamento tra l'esigenza di ancorare il giudizio di responsabilità all'accertamento di una colpa dell'autore dell'illecito e quella di evitare che il danno subito rimanga privo di risarcimento per la mancata individuazione di un responsabile¹¹.

La più recente evoluzione nel campo della responsabilità civile, in ambito non solo italiano ma europeo, testimonia la scelta di superare il tradizionale principio in base al quale « non vi è responsabilità senza colpa »¹².

⁹ Per un tentativo di ricognizione degli illeciti derivanti da materiale immesso in rete si veda GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in www.interlex.com/regole/gattei2 e, più di recente, PERON, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 820 ss.

¹⁰ Su Internet quale forma di comunicazione che realizza la libertà di manifestazione del pensiero risulta fondamentale l'ormai nota sentenza della Corte federale del Distretto orientale della Pennsylvania dell'11 giugno 1996 (in questa *Rivista*, 1996, 604) nella quale sono anche spiegati, con chiarezza e dovizia di particolari al tempo stesso, i meccanismi di funzionamento dell'Internet. Si veda sul punto in dottrina ZENO-ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso « Internet »*, in questa *Rivista*, 1996, 640; COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e « pubblicazione » in Internet*, in questa *Rivista*, 1998, 821; ID., *Le nuove forme di comuni-*

cazione in rete: Internet, in *Inf. e dir.*, 1997, 2, 35 e ss.

¹¹ È infatti evidente che il criterio tradizionale di imputazione fondato sulla colpa finisce per negare il risarcimento al danneggiato ogni volta che questi non sia in grado di provare, oltre al danno ed al nesso causale, la condotta colposa del danneggiante, intesa quest'ultima come « scarto » rispetto ad un modello ideale di riferimento.

¹² Deve infatti ritenersi ormai superata la concezione secondo la quale il criterio d'imputazione per colpa, contenuto nell'art. 2043 c.c., avrebbe carattere generale, rispetto al quale i criteri contenuti negli articoli successivi del titolo IX del libro IV del codice civile, dovrebbero considerarsi eccezionali. La moderna dottrina della responsabilità civile (TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 21 ss.; e, più di recente ALPA e BESSONE e ZENO-ZENCOVICH, in *Tratt. Di dir. Priv.* diretto da P. RESCIGNO, XIV, Torino, 1995, 8 e ss; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997,

La conseguenza è che vengono ad aumentare le fattispecie nelle quali il giudizio di responsabilità viene effettuato a prescindere dall'accertamento di una colpa ed è piuttosto basato su stringenti presunzioni di responsabilità gravanti su soggetti che, per la loro posizione nei confronti della cosa o dell'attività produttiva del danno, sono ritenuti meglio in grado di prevenire il rischio o, addirittura, di sopportarlo¹³.

Conseguenza di questa evoluzione sono le ipotesi nelle quali si giunge ad attribuire in concreto in capo a taluni soggetti, al di là delle formule giurisprudenziali ancora formalmente ossequiose nei confronti della colpa quale fonte esclusiva della responsabilità aquiliana, una responsabilità para-soggettiva¹⁴, se non una vera e propria responsabilità oggettiva¹⁵.

33 ss MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 1998, 15 ss.) afferma infatti che il sistema giuridico della responsabilità si caratterizza per una pluralità di criteri d'imputazione posti tutti sullo stesso piano. Conseguenza rilevante della natura « policentrica » di tale sistema è che i criteri d'imputazione diversi da quello tradizionale della colpa (artt. 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c.) perdono il loro carattere di eccezionalità, rendendo possibile la loro applicazione analogica ad altre fattispecie dannose (in tale ultimo senso si veda MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 1998, 86 e SALVI, voce « Responsabilità extracontrattuale » (dir. vig.), in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 1217 ss.

¹³ Secondo la dottrina più recente si dovrebbe infatti optare per un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità ogni volta che sia noto *ex ante* quale sia il *cheapest cost-avoider*, vale a dire il soggetto che si trova appunto nella situazione più favorevole per evitare il danno o per assicurarsi contro le eventuali conseguenze dannose della sua attività. Sull'argomento si veda in dottrina MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 1998, 87.

¹⁴ La formula è utilizzata da MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 1998, 85, e sta ad indicare le ipotesi in cui sotto le spoglie di una responsabilità per colpa si cela invece una responsabilità che può essere imputata semplicemente provando il danno ed il nesso causale tra un'attività e il danno (artt. 2050, 2051 c.c.) — c.d. teoria della « *res ipsa loquitur* ».

¹⁵ Il diritto italiano della responsabilità civile è stato infatti caratterizzato negli ultimi anni da un singolare disaccordo tra la dottrina e la giurisprudenza.

La prima ha evidenziato la necessità di operare uno sgancimento dal principio

« senza colpa nessuna responsabilità » e l'ha fondata proprio sul tenore testuale di alcune norme codicistiche (quelle che prevedono le cc.dd. « presunzioni di colpa: artt. 2051, 2052, 2053, 2054 c.c. ») le quali hanno potuto ragionevolmente essere interpretate quali norme di responsabilità oggettiva. La seconda ha invece continuato a far riferimento in modo pressoché esclusivo al modello della colpa, ma ciò soltanto da un punto di vista formale (« declamatorio » lo definisce DE VOGLI, L'art. 2051 c.c. tra declamazione e regole operazionali, in *Danno e resp.*, 1999, 209) in quanto le Corti sul piano operativo raramente hanno dato spazio all'esame della condotta soggettiva del responsabile per dedurne l'esonero da responsabilità ma hanno piuttosto fatto derivare la responsabilità del soggetto gravato della presunzione semplicemente dalla relazione intercorrente tra lo stesso e la *res dannosa* così ammettendo di superare la tradizionale soglia della colpa. Tanto è vero che in dottrina (FRANZONI, Dei fatti illeciti, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 600) è stato osservato che il richiamo della giurisprudenza maggioritaria alla presunzione di colpa si risolve in un mero *obiter dictum* « che non svolge alcun ruolo, anzi ripete stancamente l'attaccamento ai vecchi dogmi ».

Sulla dicotomia, tutto sommato più apparente che sostanziale, tra dottrina e giurisprudenza in materia di criteri di imputazione della responsabilità si veda per tutti CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 17 ss.

Di recente sembra però assistersi ad un approdo della giurisprudenza della Suprema Corte sui lidi di quella dottrina che da anni afferma che nel nostro sistema della responsabilità civile sono presenti figure di responsabilità oggettiva.

La Suprema Corte, infatti, con una sentenza resa in materia di responsabilità da cose in custodia (Cass., 20 maggio 1998, n. 5031, in *Foro it.*, 1998, I, 2875 e in *Dan-*

La questione non può che estendersi anche ai criteri di canalizzazione della responsabilità civile per gli illeciti commessi mediante Internet.

Tali illeciti presentano infatti due caratteri peculiari: la già accennata elevata potenzialità dannosa e la difficoltà di individuazione del responsabile dell'illecito.

Per quanto riguarda questo secondo aspetto, come è stato correttamente osservato, le difficoltà che si riscontrano nel mondo reale nella individuazione del responsabile di un illecito sono « moltiplicate nel mondo virtuale di Internet »¹⁶.

Le tecnologie utilizzate per gestire le reti telematiche non consentono infatti di pervenire in tutti i casi all'identificazione effettiva dell'utente ha compiuto la violazione. Anche se ogni utente accede alla rete mediante un codice d'accesso, detto *login*, e/o una *password*, ciò non fornisce la certezza di poter ricostruire la reale identità del soggetto che ha commesso l'illecito¹⁷.

A queste difficoltà, già di non poco conto, devono aggiungersi quelle connesse al carattere decentrato e globalizzato della rete, che consente di danneggiare un soggetto immettendo contenuti da un luogo nel quale la normativa applicabile non rende possibile perseguire il responsabile anche nel caso in cui questo venga con esattezza identificato¹⁸.

Questi elementi, uniti all'esigenza di evitare che la vittima dell'illecito non ottenga in concreto alcun risarcimento per il pregiudizio, anche gravissimo subito, e che quindi « il danno finisca con il restare là dove è caduto », hanno fatto ipotizzare pressoché in tutti gli ordinamenti occidentali la soluzione di attribuire al service provider la responsabilità per gli illeciti de-

no e resp., 1998, 1101 e in *Giust. civ.*, 1998, I, 2501) ha compiuto un vero e proprio *revirement*, affermando che la responsabilità ex art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, in quanto si basa sulla relazione di custodia che intercorre tra il soggetto e la cosa e sul nesso di causalità tra la cosa e il danno. Secondo la Corte, quindi, la struttura della norma in questione non concede alcun rilievo alla valutazione comportamentale del custode: questi non può liberarsi dalla responsabilità provando la propria condotta diligente ma soltanto provando il caso fortuito; quest'ultimo poi deve essere inteso in senso oggettivo, vale a dire come fattore esterno, dotato dei caratteri dell'eccezionalità e imprevedibilità, idoneo ad interrompere il nesso causale e non semplicemente identificabile con la prova dell'assenza di colpa. L'impostazione era già stata adottata dal Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, 10 dicembre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, 497) e da una meno recente e meno esplicita pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass., 11 novembre 1991, n. 12019, su cui si veda ALPA, *Responsabilità per rischio da cose in custodia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 81) rimasta però senza seguito.

¹⁶ GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in www.interlex.com/regole/gattei2.

¹⁷ La tecnica consente infatti di identificare il nome d'accesso dell'utente responsabile attraverso il c.d. *log file* contenente il nome dei *login* e la memoria dei tempi di accesso di ogni utente, ma può accadere che tale nome sia stato in precedenza sottratto, unitamente alla *password*, ed utilizzato fraudolentemente da terzi proprio al fine di evitare ogni conseguenza. Difficoltà analoghe sussistono quando il medesimo nome di accesso alla rete è utilizzato da una pluralità di soggetti, come avviene, ad esempio, allorché il personal computer si trovi a disposizione di più agenti nell'ambito di una stessa struttura. In tal caso è tecnicamente possibile pervenire all'individuazione del « punto di partenza » del messaggio ma non attribuire con certezza la responsabilità dell'illecito (si pensi a messaggi immessi da terminali collocati presso uffici, scuole, università, etc.).

¹⁸ Su questo ed altri aspetti connessi al carattere internazionale e decentralizzato di Internet si veda in dottrina BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1999.

rivanti dal materiale immesso o dalle affermazioni effettuate su spazi virtuali da lui messi a disposizione (vale a dire quelli originati dal materiale consultabile su un sito web messo a disposizione dal provider sul proprio server, oppure conseguenti a lesioni dei diritti della personalità per espressioni diffamatorie utilizzate in aree di discussione - newsgroups, etc.).

Si tratterebbe quindi di imputare al provider, a titolo pressoché oggettivo, la responsabilità per tutti gli illeciti scaturenti da dati presenti negli spazi virtuali che egli ha fornito, anche qualora non abbia in alcun modo contribuito alla formazione dei dati dal punto di vista contenutistico.

Utilizzando criteri di imputazione della responsabilità propri del nostro diritto privato, potrebbe pertanto ritenersi che in tali casi il provider operi quale « custode » dei contenuti dei siti o delle aree da lui ospitati ai sensi dell'art. 2051 c.c. ed in quanto tale risponda dei danni derivati dall'omesso controllo sulle cose (le informazioni) da cui scaturisce il danno a meno che non fornisca la prova che l'evento dannoso si è verificato per caso fortuito.

La gravosità di detta prova liberatoria, tale da far affermare in dottrina (e da qualche tempo, deve ormai ritenersi, anche in giurisprudenza¹⁹) che nell'ipotesi in esame, al di là della lettera della norma che prevede una presunzione di responsabilità, si sia piuttosto in presenza di una responsabilità oggettiva, finirebbe poi per individuare nel provider il destinatario delle richieste risarcitorie dei soggetti lesi²⁰.

Potrebbe anche sostenersi che gli internet provider esercitino una attività pericolosa e pertanto siano soggetti alla responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., con conseguenze pressoché analoghe a quelle appena esaminate con riferimento al danno da cose in custodia. Anche la disposizione dell'art. 2050 c.c. è infatti interpretata dalla dottrina più recente, sempre alla luce dell'estremo rigore con il quale la giurisprudenza valuta la prova liberatoria consistente nella dimostrazione di aver adottato « tutte le misure idonee a evitare il danno », come una responsabilità tendenzialmente oggettiva²¹.

¹⁹ Si veda infatti *supra*, nota 15.

²⁰ La dottrina dominante è infatti concorde nel ritenere che la responsabilità per danni da cose in custodia configuri una responsabilità oggettiva. In tal senso si vedano TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 169 ss.; COMPOR TI, *Esposizione al rischio e responsabilità civile*, Milano, 1965, 91; FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988, 369; SPALLAROSSA, *Danno cagionato da cose in custodia*, in *La responsabilità civile - aggiornamento 1988-1996* a cura di ALPA e BESSONE, t. 1, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1997, 258.

Una dottrina minoritaria (BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, 718; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, 644) continua a negare la natura oggettiva di tale responsabilità facendo leva

sul dato normativo il quale consente al custode di fornire la prova liberatoria del caso fortuito.

²¹ La dottrina prevalente ravvisa nella responsabilità da attività pericolosa una responsabilità oggettiva fondata ora sul rischio d'impresa (TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 11) ora sulla esposizione al pericolo (COMPOR TI, *Esposizione al rischio e responsabilità civile*, Milano, 1965, 176) ora sul fatto stesso dell'esercizio dell'attività pericolosa come previsto dalla norma (FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988, 462). In termini di responsabilità oggettiva si esprimono anche DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, 232; ALPA, BESSONE e ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, XIV, Torino, 1995, 346.

L'opzione italiana per tale criterio di imputazione della responsabilità potrebbe infine derivare dalla suggestione effettuata dalla scelta di politica legislativa consacrata nella legge n. 675 del 1996 in materia di tutela dei dati personali (c.d. « legge sulla privacy »).

Com'è noto, infatti, l'art. 18 di questo testo prevede che « Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile »²².

Entrambi i criteri appena riferiti trovano però il loro presupposto applicativo, nel nostro ordinamento, in un rapporto di contiguità, di potere fisico di controllo sulla cosa o sull'attività, che giustifica, almeno in parte, il gravoso regime di responsabilità dei custodi di cui all'art. 2051 c.c. e degli esercenti un'attività pericolosa di cui all'art. 2050 c.c.

Dovrebbe pertanto essere rinvenibile in capo all'ISP non solo un obbligo ma anche un potere di controllo od una possibilità di mettere in atto misure idonee ad evitare la produzione di danno affinché si possano utilizzare nei confronti di tali soggetti questi criteri di imputazione.

In questa ottica l'attribuzione di responsabilità sanziona infatti un investimento in misure di sicurezza che si è rivelato inadeguato²³.

Tali attività si ritiene però non siano tecnicamente possibili rispetto al contenuto dei dati informativi immessi in rete da parte di soggetti diversi dal provider che gestisce il server e nei confronti dei quali i provider stessi non siano in grado di effettuare un controllo preventivo né successivo.

Il controllo preventivo esigerebbe infatti un dispendio di risorse inimmaginabile e, probabilmente, antieconomico.

Parte minoritaria della dottrina (BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1994, 709) tende al contrario a configurare la responsabilità in questione come « aggravata per colpa presunta ».

A ben vedere però, la giurisprudenza più recente (Cass., 29 aprile 1991, n. 4710) rende particolarmente gravoso il superamento della presunzione, ritenendo insufficiente la prova meramente negativa di non aver commesso violazione di norme di legge o della comune prudenza e richiedendo quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso.

²² Il modello di responsabilità civile adottato in questa materia dal legislatore italiano sembra aderente all'elaborazione comunitaria favorevole al *balance* delle prerogative dell'impresa e dei consumatori (in tali casi le persone fisiche interessate al trattamento dei dati) ed in tal senso potrà rappresentare un canale di circolazione e di espansione del diritto europeo della responsabilità civile (in tale ultimo senso si veda SICA, *Commento sub. art. 13*), in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996* a cura di GIANNANTONIO, LOSANO e ZENO-ZENCOVICH, Padova, 1997, 177). La direttiva comunitaria 46/95 era

stata infatti esplicita nel richiedere un pregnante meccanismo risarcitorio, statuendo all'art. 23 l'esonero del responsabile del trattamento dal risarcimento del danno soltanto in caso di prova della non imputabilità dell'evento dannoso.

In Italia, ancor prima dell'intervento del legislatore, dottrina autorevole (BUSNELLI, *Introduzione*, in ALPA (a cura di), *Computer e responsabilità civile*, Milano, 1985, 6) aveva rinvenuto nell'art. 2050 c.c. la regola del danno extracontrattuale da computer, idonea a rappresentare una via d'uscita in materia rispetto all'indifferenziata regola generale della responsabilità civile; analogamente, era stato evidenziato il carattere di pericolosità dell'attività di gestione e utilizzazione delle banche dati (GIACOBBE, in FERRI, GIACOBBE e TADDEI ELMI, *Informatica e ordinamento giuridico*, Milano, 1988, 180). Per una ricognizione della dottrina italiana anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 675 del 1996 si veda ALPA, *Note per un progetto di legge sulle banche dati*, in ALPA (a cura di), *Computer e responsabilità civile*, Milano, 1985, 143; ID., *Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico*, in questa *Rivista*, 1986, 388.

²³ Così MONATERI, cit., 17 ss.

Quello successivo, ugualmente difficoltoso, non appresterebbe comunque alcuna garanzia vista la possibilità dell'utente fornitore di contenuti di modificare continuamente e liberamente i dati immessi nel sito gestito dal provider. Oltre a ciò non si vede come il provider possa avere la competenza professionale per rilevare la commissione di illeciti non evidenti di per sé come, ad esempio, quelli concorrenziali.

Considerato poi che una grande parte del materiale informativo presente in rete è di carattere notiziale, cosicché molti siti contengono dei veri e propri giornali telematici, si potrebbe ipotizzare, almeno per i siti aventi l'appena citato contenuto, una responsabilità di tipo « editoriale » del provider.

Anche tale possibilità di applicare il regime normativo della stampa alla telematica, su cui si è acceso non solo in Italia un interessante dibattito, impone però di verificare l'equiparabilità del provider all'editore, riproponendo così le osservazioni appena sopra formulate in ordine alle difficoltà applicative degli artt. 2050 e 2051 c.c. al provider (anche sotto il mero aspetto della possibilità tecnica di un controllo sul materiale diffuso).

Deve infine essere rilevato che può essere lo stesso provider a fornire i contenuti (potenzialmente e/o eventualmente) dannosi fruibili on line. In questi ultimi casi, può essere anticipato fin da ora, risulta evidente la responsabilità dell'ISP fornitore di contenuto (c.d. *content provider*) e non si pone la questione di scelta circa la regola di responsabilità speciale cui eventualmente ricondurre la responsabilità del provider, potendosi quanto meno far riferimento al tradizionale criterio della responsabilità per colpa (positivizzato nel nostro ordinamento nell'art. 2043 c.c.).

2. LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET PROVIDER: UN'ANALISI COMPARATISTICA.

2.1. LA RESPONSABILITÀ DELL'ISP NEGLI STATI UNITI.

Si è appena fatto cenno alla rilevanza della questione relativa alla (eventuale) responsabilità dell'ISP per gli illeciti causati dai dati transitanti sugli spazi virtuali messi a disposizione.

Da un lato, la diffusività del mezzo comunicativo e la sua facile accessibilità rendono agevole la produzione, anche frequente, di lesioni molto gravi delle altrui situazioni protette ed esigono pertanto l'apprestamento di garanzie idonee ad evitare che la rete si trasformi in uno spazio senza regole ove tutto è possibile in quanto è agevole restare impuniti (ed è evidente che tali esigenze facciano propendere per regimi di responsabilità che consentano agevolmente di individuare il responsabile ed al tempo stesso garantiscano il risarcimento al danneggiato: responsabilità oggettiva o, comunque, aggravata dell'ISP).

Dall'altro, è pure evidente che l'attribuzione agli ISP di un regime troppo gravoso di responsabilità finirebbe per inibirne o, quanto meno, ridurre l'attività, con conseguenze facilmente prevedibili sullo sviluppo della rete e sulle enormi possibilità che la stessa comunque fornisce sia nel campo dei rapporti economici che in quello dello sviluppo della personalità e della libertà di manifestazione del pensiero.

Per tali motivi, nelle pagine che seguono, verrà effettuata una ricognizione delle soluzioni finora prospettate in ordinamenti sia di *common law* che di *civil law*, tenendo conto sia delle elaborazioni dottrinali che delle ancora tutto sommato esigue pronunce giurisprudenziali in materia. Ciò nel tentativo di individuare, pur nelle differenze esistenti, gli spunti per una impostazione unitaria, o quanto meno armonizzata, l'unica in grado di condurre a risultati apprezzabili di fronte ad un fenomeno caratterizzato da una connaturata internazionalità.

La ricognizione non può che cominciare dagli Stati Uniti dove il fenomeno dell'Internet si è per primo affermato e dove ha assunto già da anni dimensioni per noi ancora non immaginabili.

La materia della responsabilità del provider per illeciti commessi sui siti ospitati è stata variamente risolta in quell'ambito ed ha condotto sostanzialmente, secondo una schematizzazione ormai consolidatasi presso la nostra dottrina²⁴, all'elaborazione di tre orientamenti giurisprudenziali, riconducibili alle tre tipologie di *torts* (la responsabilità extracontrattuale del sistema italiano) conosciute in quell'ordinamento: 1) responsabilità diretta di un soggetto, in quanto conseguente alla violazione compiuta per fatto proprio (*direct liability* o *liability for direct infringement*), sostanzialmente assimilabile alla ipotesi responsabilitaria prevista dall'art. 2043 del codice civile italiano²⁵; 2) responsabilità indiretta o vicaria, di matrice giurisprudenziale, basata sulla canalizzazione della responsabilità verso il soggetto che dispone di poteri di controllo sull'attività posta in essere dall'autore materiale della condotta produttiva di danno (c.d. *vicarious liability*). Tale ipotesi di responsabilità, che viene giustificata dalla presenza di un rapporto giuridico tra controllante e controllato in vista del conseguimento di un utile economico per il controllante è sostanzialmente riconducibile alla responsabilità del padrone o del committente di cui all'art. 2049 c.c.; 3) responsabilità da concorso colposo la quale, anch'essa di origine giurisprudenziale, è fondata sulla imputazione dell'evento dannoso al soggetto che abbia anche soltanto partecipato alla commissione dell'illecito allorché gli sia nota o comunque prevedibile la violazione di norme da parte dell'autore materiale della condotta dannosa (c.d. *contributory infringement*). Tale forma di responsabilità può essere assimilata a quella del concorso nella produzione dell'evento dannoso di cui all'art. 2055 c.c. la quale infatti riguarda, per uniforme interpretazione giurisprudenziale, non soltanto la commissione della stessa azione causativa di danno ad opera di più persone ma anche la commissione da parte dei concorrenti di condotte diverse, ognuna delle quali comunque causalmente legata al danno²⁶.

²⁴ La schematizzazione cui si fa riferimento per descrivere gli orientamenti statutari in materia è utilizzata da E. TOSI, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, 293; GATTEL, cit.; RICCIO, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, in questa *Rivista*, 1999, 939.

²⁵ Le due ipotesi non sono esattamente coincidenti, in quanto la responsabilità diretta conosciuta dal sistema statunitense di *torts* prescinde dall'elemento psicologico a

differenza di quanto richiesto dall'art. 2043 c.c., che vede nella presenza del dolo o della colpa uno degli elementi necessari dell'illecito. Per questo motivo negli Stati Uniti per descrivere questa forma di responsabilità « diretta » si usa anche la locuzione « *strict liability for direct infringement* », dove l'aggettivazione « *strict* » individua, sostanzialmente, una responsabilità che non ammette esonero.

²⁶ Sulla responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c. si veda in generale in dot-

La responsabilità diretta del provider è stata affermata nella decisione *Playboy c. Frena*, la quale costituisce indubbiamente il *leading case* di questa impostazione²⁷. In questo caso venne lamentata la diffusione su un BBS di materiale fotografico di proprietà della Playboy Inc. e fu sancita la responsabilità diretta per la violazione del diritto di copyright del soggetto che gestiva il BBS, appunto il sig. Frena.

Ciò avvenne non sulla base dell'accertamento di una responsabilità effettivamente diretta (per fatto proprio) del provider ma, come emerge dall'esame della *ratio decidendi*, della considerazione che il gestore del Bulletin Board System dovesse essere comunque ritenuto direttamente responsabile per il mero fatto di ospitare e consentire, anche inconsapevolmente, la diffusione in rete di immagini di proprietà altrui, sebbene immesse dagli iscritti alla sua bacheca elettronica.

La forzatura contenuta in questa impostazione è palese, in quanto viene qualificata per responsabilità diretta una ipotesi in cui la responsabilità medesima è invece canalizzata sulla base della mera presenza sulla propria bacheca di materiale immesso da altri in violazione di diritti di privativa.

Si finisce in tal modo per attribuire al provider un pressoché impossibile obbligo di sorveglianza sui contenuti da lui non forniti che in concreto fa trascolorare la responsabilità diretta dell'operatore in una responsabilità oggettiva²⁸.

Prima della sentenza resa in *Playboy c. Frena* la giurisprudenza statunitense aveva però affermato la responsabilità del provider soltanto in presenza di un potere di controllo sui contenuti immessi in rete.

Nella nota decisione *Cubby c. Compuserve*²⁹, che rappresenta il *leading case* del secondo degli orientamenti citati (quello fondato sulla c.d. *vicious liability*) è stata infatti esclusa la responsabilità del provider Compuserve per la diffusione di informazioni false e diffamatorie relative ad un imprenditore commerciale in quanto il provider è stato considerato quale mero « distributore » (« *distributor* ») delle informazioni provenienti dai fruitori del servizio offerto.

trina BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 646 ss; ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974.

²⁷ Si veda *Playboy v. Frena*, 839 F. supp. 1552 (M.D. Flo. 1993).

²⁸ In questo senso si veda in dottrina TOSI, *Le responsabilità civili*, in *I Problemi giuridici di Internet*, a cura di TOSI, Milano, 1999, 266. La critica alla *ratio decidendi* della pronuncia in esame è condivisa anche da MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on line: il diritto d'autore risponde alle sfide di Internet*, in *Dir. aut.*, 1998, 153.

La decisione è riportata anche da GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, in *www.interlex.com/regole/gattei2.html*. Questo autore as-

simila alla *ratio decidendi* della pronuncia *Playboy v. Frena* anche quella resa nel caso *Sega Entertainment Ltd./Maphia* (857 F. supp. 679 (N.D. Cal. 1994), sempre relativa alla diffusione illegittima di materiale protetto da copyright su un BBS. In particolare si trattava di attività di iscritti alla BBs che dapprima caricavano e poi scaricavano mediante il server del provider giochi elettronici protetti. In questa ipotesi, infatti, l'ISP non fu ritenuto direttamente responsabile della violazione ma la sua responsabilità fu fatta derivare dall'aver messo a disposizione sul proprio server gli strumenti necessari e sufficienti all'altrui attività illecita e di averne incoraggiato l'uso. A ben veder, quindi, non si trattava di attribuzione diretta di responsabilità, quanto, piuttosto, concorsuale.

²⁹ *Cubby Inc. v. Compuserve*, 776, F. supp. 135 (S.D. NY 1991).

In quella fattispecie è stato infatti affermato che il provider non aveva alcun potere di esercitare un controllo sui contenuti veicolati su un forum di discussione reso accessibile ai propri utenti in quanto in quel caso l'ISP si comportava come un mero punto di distribuzione del materiale informativo, totalmente privo di poteri di controllo editoriale sullo stesso)³⁰.

Secondo questa impostazione una responsabilità dell'ISP per gli illeciti commessi da propri utenti non sarebbe quindi da escludere in linea di principio ma dipenderebbe dalla sua possibilità di esplicitare o meno un controllo sulle informazioni.

Sempre in questa ottica, nella decisione *Religious Technology v. Netcom*³¹ è stato escluso che al provider spettasse un obbligo di controllo sulla liceità dei contenuti immessi di fruitori del suo servizio nell'ambito di un newsgroup.

In questo caso, come è stato sostenuto da un commentatore italiano³², l'opzione per l'esclusione di responsabilità del provider per i contenuti immessi in rete da un utente è stata ancora più radicale: in questo caso è stato specificato che, sebbene l'accesso al newsgroup sul quale veniva diffuso senza autorizzazione materiale protetto dalle norme sul copyright fosse fornito dal provider senza la predisposizione di alcun controllo sugli interventi dei vari utenti, il provider medesimo dovesse essere ritenuto esente da responsabilità in quanto operatore tecnico, addirittura mero fornitore di cavi e condotti³³. Ciò, veniva precisato, in quanto l'ISP non fosse a conoscenza dell'illecito.

Questa impostazione sembrava quindi precisare in termini incontrovertibili l'assenza di ogni obbligo di controllo da parte del provider e l'esonero del medesimo anche in relazione agli obblighi tecnicamente esigibili.

La questione è divenuta però più complessa a seguito della nota decisione della Corte Suprema di New York del 10 maggio 1995, resa nel caso *Stratton Oakmont v. Prodigy*³⁴.

In questa fattispecie l'impostazione continua ad essere quella del leading case *Cubby v. Compuserve*, con la conferma dell'insussistenza di obblighi di controllo sui contenuti in capo al provider e con la specificazione della

³⁰ In particolare la Corte statunitense si è basata sull'impossibilità di un tale tipo di controllo, visto che « the high technology has markedly increased the speed with which information is gathered and processed ». Su questa decisione possono leggersi anche le osservazioni di GODWIN, *Internet libel: is the provider responsible?*, www.ef-f.org/pub/publications/Mike_Godwin/net_libel_godwin.article. In senso analogo anche Auvil v. CBS 60 minutes, 800 F. Supp. 928 (1992). Questa ultima decisione sembra però basare l'esclusione della responsabilità dell'ISP più che sull'insussistenza di un obbligo di controllo sull'impossibilità di effettuare tale controllo.

³¹ *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, n. C-95-20091 RMW United states District Court for the Northern District of California, 21 november 1995, leggibile su

www.cybercom.net/rnewman/scientology/erlich/whyte-11.21.95.

³² RICCIO, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, in questa *Rivista*, 1999, 939.

³³ La Corte ritenne infatti che Netcom si comportasse come un fornitore di cavi e condotti (« wire and conduits »).

Si trattava nel caso di specie di copie di materiale appartenente alla setta di Scientology diffuse in rete senza la necessaria autorizzazione, da parte di un utente del provider Netcom; detta diffusione avvenne appunto all'insaputa del provider medesimo il quale forniva l'accesso al proprio newsgroup senza aver predisposto alcun controllo sul contenuto degli interventi dei vari utenti.

³⁴ *Stratton Oakmont Inc. and Daniel Porush v. Prodigy Service Company*, n. 31063/94.

assimilazione della figura del service provider a quella del libraio o bibliotecario, il quale non risponde per il contenuto eventualmente dannoso dei libri che espone o pone in vendita.

Nell'esame del concreto operato dell'ISP la Corte Suprema rileva però che questi aveva predisposto sui siti gestiti un sistema di filtraggio dei contenuti che ne rendeva impossibile l'equiparazione ad un mero operatore tecnico (il « *distributor* » di cui al caso Cubby) e lo rendeva piuttosto simile all'editore di una testata giornalistica con le connesse conseguenze in tema di responsabilità³⁵.

Il provider è stato quindi condannato in quanto aveva deciso di comportarsi come un soggetto che eserciti un controllo editoriale sui contenuti dei messaggi inviati sui suoi BBS, distaccandosi dalla sua attività ed agendo come un giornale³⁶.

Questa impostazione è stata oggetto di fortissime critiche in quanto finirebbe per punire i provider che decidano di eseguire volontariamente una forma di controllo sui contenuti transitanti sui propri siti e confermerebbe, *a contrario*, l'assoluta irresponsabilità per quelli che non adottano alcuna forma di filtro e/o controllo.

In particolare è stato rilevato come questa soluzione spingerebbe paradossalmente l'ISP ad omettere ogni forma di controllo dal momento che una scelta diversa potrebbe essere interpretata quale assunzione da parte sua dell'obbligo di monitoraggio dei siti³⁷.

Al di là delle polemiche causate, questa pronuncia investe comunque un punto nodale della questione: quello relativo all'estensione dell'eventuale obbligo di sorveglianza gravante sul provider.

La questione non è di poco conto.

Intanto si tratta di verificare la fattibilità tecnica delle attività di filtraggio ed il livello di sicurezza che riescono a garantire.

In secondo luogo, anche ammettendo che tali attività siano tecnicamente possibili, si dovrebbe poi immaginare una idoneità dei provider ad individuare le violazioni commesse mediante i contenuti ospitati sui propri siti³⁸.

La sentenza può leggersi su www.mbc.com/prodigy.html.

³⁵ Il provider Prodigy, peraltro uno dei più importanti del mondo con diversi milioni di utenti collegati, aveva predisposto un sistema automatico di filtraggio sul contenuto dei messaggi inviati sui propri BBS, consistente in un programma di ricerca di parole offensive ed oscene (« automatic screening software »), di « content guidelines » mediante le quali sarebbe stato possibile eliminare i contenuti offensivi dal sito ed aveva inoltre nominato un gruppo di persone (i cc.dd. « Board leaders ») aventi il compito di monitorare costantemente tutti i messaggi inviati.

³⁶ Secondo la Corte Suprema, Prodigy « ... held itself out as an on line service that exercised editorial control over the content of messages posted on its computer bulletin boards, thereby

expressly differentiating itself from its competition and expressly likening itself to a newspaper ».

³⁷ In tal senso si veda RICCIO, *La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday*, in questa *Rivista*, 1999, 939; TOSI, *Le responsabilità civili, in I Problemi giuridici di Internet*, a cura di Tosi, Milano, 1999, 267.

³⁸ Con la conseguenza che, riportando la questione negli schemi del codice civile italiano, l'ISP dovrebbe di volta in volta agire come un esperto di tutela delle opere dell'ingegno, di lesione dei diritti della personalità, etc., con conseguente smisurato ampliamento dell'area della diligenza professionale *ex art. 1176*, secondo comma, c.c. e del comportamento esigibile pur continuando ad essere un mero operatore tecnico telecomunicativo.

Ma non solo, anche se così fosse, e divenisse ipotizzabile una tale competenza, si presenterebbe il problema di rinvenire il fondamento giuridico del potere censorio che ai provider verrebbe a quel punto attribuito, vale a dire il potere di rimuovere il contenuto (ritenuto) illecito.

Alla luce delle più recenti decisioni le corti statunitensi sembrano però aver riaffermato il principio emerso nel caso *Cubby*, vale a dire che la situazione del provider non è in alcun caso paragonabile a quella di un editore ma piuttosto a quella di un libraio, nei cui confronti sarebbe irragionevole imporre l'onere di esame del contenuto di ogni singolo libro offerto nel suo negozio.

Nel recente caso *Zeran v. American Online*³⁹ è stata infatti esclusa la responsabilità dell'ISP per la presenza di materiale diffamatorio sul proprio server, mediante la conferma del principio secondo cui il provider svolge il mero compito di distributore di informazioni (« *news distributor* ») e che in quanto tale non può essere considerato responsabile per gli illeciti commessi mediante i dati immessi dagli utenti.

Questa decisione, è bene rilevarlo, costituisce la prima applicazione giurisprudenziale della novella del 1996 relativa al Telecommunications Act.

A ben vedere, infatti, i giudici del caso *Zeran* non hanno fatto altro che applicare alla lettera il titolo 47 USC 230 c) secondo il quale, nell'ipotesi di diffusione di materiale diffamatorio od offensivo su rete telematica, il provider non può essere ritenuto responsabile, al pari di un editore, delle informazioni fornite e comunicate da terzi⁴⁰.

Nel caso *Zeran* la responsabilità del provider è stata esclusa per i motivi detti, prescindendo totalmente dalla circostanza che *American On line* fosse o meno a conoscenza della violazione (vale a dire della presenza, nel caso di specie, del messaggio diffamatorio sul proprio server).

Questa affermazione consente di introdurre la terza impostazione giurisprudenziale secondo la schematizzazione cui anche in questa sede si è ritenuto utile ricorrere: quella della responsabilità per *contributory infringement*, vale a dire per partecipazione alla violazione.

Nella giurisprudenza statunitense in materia tale ipotesi di responsabilità è relativa ad una fase successiva a quella della commissione dell'illecito da parte del fruitore del servizio offerto dal provider e consiste nell'inattività del provider medesimo che sia venuto a conoscenza della violazione.

Come risulta evidente, sono state esaminate finora ipotesi di violazioni delle norme poste a tutela della proprietà intellettuale.

Per quanto riguarda gli illeciti diffamatori e *lato sensu* lesivi dei diritti della personalità viene invece affermata l'assoluta irresponsabilità del provider anche quando sia a conoscenza dell'illecito. Ciò tanto in ambito giurisprudenziale mediante la già menzionata equiparazione all'attività del distributore-libraio (è appunto il caso *Zeran*)⁴¹ che in ambito normativo (appunto la novella del Telecommunications Act)⁴².

³⁹ *Zeran v. American Online*, cit.

⁴⁰ Il par. 230 (c) del Telecommunications Act recita testualmente: « ... no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider ».

⁴¹ Addirittura nel caso *Zeran v. AOL* la responsabilità del provider è stata esclusa nonostante lo stesso fosse stato informato della violazione in atto e fosse stato richiesto di oscurare il messaggio.

⁴² Deve infatti essere precisato che la novella del 1996, al par. 230 d) (2), esclude

Daltronde l'assimilazione dell'attività del provider gestore del server che ospita un newsgroup a quella di un libraio non poteva che condurre alla sua irresponsabilità anche in caso di conoscenza dell'illecito.

Quanto detto fa emergere che in linea generale negli Stati Uniti viene ritenuto insussistente un obbligo di sorveglianza dell'ISP circa i contenuti immessi dagli utenti e, conseguentemente, viene tendenzialmente esclusa una responsabilità extracontrattuale dello stesso⁴³.

Tale irresponsabilità attualmente si presenta assoluta soltanto per gli illeciti diffamatori o comunque lesivi dei diritti della personalità, laddove in caso di violazione riguardante le norme sul copyright, continua ad essere ammessa la responsabilità per *contributory infringement* del provider allorché questi sia a conoscenza della violazione o per averla scoperta o per aver ricevuto una *notice of infringement* da parte del soggetto leso. Il ritardo nell'eliminazione del materiale illecitamente diffuso o, addirittura, l'astensione da qualunque attività, sono infatti considerate indice di un concorso del provider nell'illecito dell'utente.

Tali principi sono stati affermati, in maniera pressoché identica, nella decisione *Sega v. Maphia*⁴⁴ del 1994 ed in quella *Sega v. Sabella*⁴⁵.

In entrambe le decisioni fu riconosciuta in capo all'ISP una responsabilità da concorso (*contributory infringement*) in quanto a conoscenza delle violazioni commesse dagli utenti⁴⁶.

Secondo tale impostazione giurisprudenziale questa forma di responsabilità sarebbe del tutto svincolata da un obbligo (peraltro non sussistente) di controllo o di una volontaria attività di controllo sui contenuti ma si fonderebbe semplicemente sulla circostanza che il provider, venuto a conoscenza dell'illecito, non si sia attivato per rimuoverne gli effetti dannosi⁴⁷.

La *contributory liability* del provider in caso di violazioni della normativa sulla proprietà intellettuale è allo stato ancora regolata dagli appena menzionati principi di diritto giurisprudenziale, ma non sembra lontano un intervento legislativo che li cristallizzi⁴⁸.

espressamente l'applicabilità della norma sull'irresponsabilità dell'ISP alla disciplina dei diritti di proprietà intellettuale. Su tale ultima esclusione vedi DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, 760 e GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.com/regole/gattei2.html.

⁴³ Il carattere plurilegislativo dell'ordinamento statunitense rende però sempre rischiose affermazioni generalizzanti. Deve infatti essere rilevato come nello Stato del Wisconsin sia stata emanata nel 1996 una legge (il Wisconsin Bill Act 852) che, proprio in materia di diffamazione in rete, stabilisce che l'ISP è corresponsabile del fatto del terzo allorché sia a conoscenza della presenza di materiale lesivo sul suo server oppure non si sia prontamente attivato quando venga informato di detta presenza. Sull'argomento si veda in dottrina GATTEI, *Considerazioni sulla responsabi-*

tà dell'Internet provider, www.interlex.com/regole/gattei2.html e RISTUCCIA e TUFFARELLI, *La natura giuridica di Internet e la responsabilità del provider*, in www.interlex.com/inforum/inter97.htm/ristuffa.htm

⁴⁴ *Sega Entertainment Ltd. v. Maphia* del 1994, 857 *F. Supp.* 679 (N.D. Cal 1994).

⁴⁵ *Sega Entertainment Ltd. v. Sabella*, C93 - 04260 (N.D. Cal. 1996).

⁴⁶ Lo stesso principio fu affermato anche nella decisione *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Service*, cit.

⁴⁷ Secondo COOK, *Deputizing the ISPs*, 1996, *The Recorder*, la non eliminazione rapida del materiale illecito dal proprio server nel momento in cui se ne è avuta conoscenza rivela una qualche forma di volontà (« element of volition ») affinché la violazione continui.

⁴⁸ A ben vedere, già nel 1997 è stata formulata la proposta dell'« On Line Co-

In sintesi, sembra potersi affermare che negli Stati Uniti si sia esclusa ogni suggestione di aderire a forme di responsabilità esenti da colpa, evitando di addossare ai provider obblighi di sorveglianza, ma che sia comunque in atto il tentativo di responsabilizzare l'operatore una volta che sia venuto a conoscenza dell'illecito (resta poi da vedere in che modo debba o possa avvenire detta conoscenza della violazione!).

2.2. LA RESPONSABILITÀ DELL'ISP NEL DIRITTO INGLESE.

Anche nel sistema inglese, ovviamente, il provider risponde per le conseguenze lesive di informazioni, messaggi, contenuti in genere che non solo abbia consentito tecnicamente di diffondere ma che abbia egli stesso immesso.

Si configura infatti in questi casi la responsabilità diretta del provider (per fatto proprio), che si atteggi come content provider.

Al di là di queste situazioni di palese responsabilità per fatto proprio la responsabilità dell'ISP trova il suo fondamento in questo ordinamento, rispetto all'esperienza nordamericana, soprattutto nel formante legislativo, che quasi sempre ha consentito di decidere i casi concreti senza rendere necessaria una creazione giurisprudenziale del diritto.

Nel diritto inglese può infatti farsi riferimento all'Uk Copyright, Designs and Patents Act per quanto riguarda le violazioni delle norme poste a tutela dei diritti di proprietà intellettuale ed al Defamation Act del 1996 relativo alle lesioni dei diritti della personalità.

Questi due complessi normativi, il primo recentemente novellato (nel 1988) ed il secondo emanato nel 1996⁴⁹, sono infatti applicabili alla diffusione telematica di messaggi.

L'Uk Copyright Act in quanto, sebbene disciplini espressamente le comunicazioni televisive, viene normalmente esteso anche a quelle su rete telematica⁵⁰; il Defamation Act in quanto contiene espressi riferimenti alle attività del « responsabile di un sistema informatico » (Par. 1).

Come già osservato nel precedente paragrafo si tratta ora di verificare se e ed in base a quali modalità nell'esperienza giuridica inglese sia riconosciuta una canalizzazione della responsabilità extracontrattuale del provider che abbia agito quale mero operatore tecnico.

Tendenzialmente si ritiene che i documenti normativi appena citati siano idonei a fondare una responsabilità assimilabile a quella da « *contributory infringement* » prevista nel diritto statunitense.

pyright Limitation Act, il quale contiene definizioni espresse dei casi di limitazione della responsabilità dell'ISP per le violazioni del copyright avvenute sui siti gestiti. Tale proposta, che ricalca l'indirizzo giurisprudenziale già descritto nel testo, considera responsabile il provider sia quando questi abbia partecipato direttamente alla violazione sia quando, non avendovi partecipato, ne sia venuto a conoscenza e non abbia compiuto ogni atto tecnicamente

fattibile ed economicamente ragionevole (« technically feasible and economically reasonable to carry out ») al fine di impedire che la violazione perduri.

⁴⁹ Il Defamation Act del 1996 ha dato luogo, sostanzialmente, ad una abrogazione del Defamation Act con le modalità che nel nostro sistema configurerebbero « per nuova disciplina della materia ».

⁵⁰ In tal senso si veda anche GATTEI, *Considerazioni sulla responsabilità del-*

In particolare, il Par. 24 (2) dell'Uk Copyright, Designs and Patents Act stabilisce, sebbene in ordine alle comunicazioni a mezzo fax (ma si è già detto che la disciplina trova applicazione estensiva anche alle altre forme comunicative), che colui il quale, senza aver ottenuto l'autorizzazione da parte del titolare dei diritti di utilizzazione, trasmette copia dell'opera protetta attraverso un sistema telecomunicativo, è responsabile in via « secondaria » (c.d. »*secondary infringement*») qualora sappia o sia tenuto a sapere (« *knowing or having reason to believe*») che la comunicazione comporta una violazione delle norme sui diritti in questione⁵¹.

In questo modo sussisterebbe per il provider una responsabilità secondaria allorché sia a conoscenza o sia tenuto a conoscere la violazione altrui⁵².

L'aspetto che lascia perplessi è quello relativo all'individuazione delle ipotesi in cui l'ISP possa essere considerato « tenuto a conoscere » la violazione. L'unico criterio ipotizzabile potrebbe essere quello basato sull'indagine casistica, volta a verificare le condizioni nelle quale si verifica la violazione, il rapporto tra provider e utente, etc.

La lettera della norma sembra poi escludere una presunzione di conoscenza o, per così dire, di « tenutezza » alla conoscenza nei confronti del provider e sembra quindi attribuire al danneggiato l'onere di provare tali circostanze⁵³.

L'attività del provider è invece presa in considerazione espressamente dal citato Defamation Act.

Preliminarmente deve essere ricordato che nel diritto inglese risponde per il « *tort of defamation* » chiunque partecipi alla diffusione di messaggi diffamatori. Possono pertanto essere considerati responsabili, esattamente come l'autore, anche l'editore, il tipografo, i distributori e i venditori.

La conseguenza è che pure questi ultimi soggetti, per poter essere esonerati dalla responsabilità, dispongono dei soli strumenti di difesa riconosciuti all'autore. Tali soggetti possono quindi andare esenti da responsabilità soltanto provando il carattere veritiero dell'informazione incriminata, oppure dimostrandone la natura di « *fair comment* », vale a dire di espres-

l'Internet provider, www.interlex.com/regole/gattei2.html

⁵¹ Il par. 24 (2) dell'Uk Copyright Act testualmente recita: «... copyright in a work is infringed by a person who without the license of the copyright owner transmits the works by means of a telecommunication system (otherwise than by broadcasting or inclusion in a cable program service) knowing or having reason to believe, that infringing copies of the work will be made by means of the reception of the transmission in the UK or elsewhere ».

⁵² Secondo GATTEL, *op. loc. cit.* tale responsabilità sarebbe da qualificare come « indiretta ». A nostro avviso però tale qualificazione rischia di ingenerare confusione in quanto nel nostro sistema di responsabilità civile con tale espressione si fa piuttosto riferimento ad una situazione in cui ad un soggetto viene imputata la re-

sponsabilità per tutti gli illeciti compiuti da altro soggetti che si trovino in un particolare rapporto con colui sul quale finisce per indirizzarsi la responsabilità. Tipico esempio è nel nostro sistema l'ipotesi di cui all'art. 2049 c.c.

Le fattispecie ci sembrano diverse. La *secondary liability* del provider è intanto solamente eventuale ed inoltre è collegata più direttamente che nel nostro ordinamento ad una attività propria del provider medesimo (la conoscenza o l'obbligo di conoscenza); si è pertanto in presenza di un fatto proprio, sebbene ulteriore rispetto a quello altrui.

⁵³ Sembra essere di contrario avviso GATTEL, *op. loc. cit.*, secondo il quale si dovrebbe parlare di responsabilità indiretta del provider salvo che questi non riesca a provare la incolpevole mancata conoscenza dell'illecito.

sione in buona fede di un'opinione anche ingiusta o esagerata, ma pur sempre basata su fatti esistenti ed estranea ad ogni utilizzazione maliziosa⁵⁴.

Il rigoroso regime descritto è stato però temperato, fin dal Defamation Act del 1952, prevedendo per i soggetti diversi dall'autore una forma più lieve di responsabilità, invocabile da coloro che partecipino solo indirettamente alla diffusione del messaggio diffamatorio (si tratta della c.d. « *innocent defamation* » o « *innocent dissemination* »).

Il Defamation Act del 1996 prevede che un fornitore di informazioni (diverso quindi dall'autore) non possa essere considerato responsabile per il contenuto di ciò che vende o diffonde se prova che, oltre a non aver partecipato alla creazione del materiale lesivo, non era a conoscenza del contenuto di detto materiale né avrebbe potuto conoscerlo tenendo un comportamento diligente.

Questo in linea generale.

In particolare, come già accennato, il Defamation Act si riferisce espressamente anche al responsabile di un sistema informatico.

Il par 1 (3) stabilisce infatti che un soggetto non può essere considerato né autore, né editore né responsabile editoriale se viene coinvolto nella semplice trasmissione in formato elettronico del materiale lesivo o nella gestione del sistema elettronico attraverso il quale detto materiale viene cercato, copiato, distribuito o comunque reso accessibile agli utenti; ugualmente un provider non può essere considerato in alcun modo responsabile, pur essendo il titolare del sistema mediante il quale la comunicazione lesiva viene veicolata, nel caso in cui egli non abbia alcun controllo sulle comunicazioni inviate sul proprio server⁵⁵.

Pare quindi potersi dire che nel diritto inglese deve essere riconosciuta una responsabilità del provider per violazione dei diritti della personalità soltanto nel caso in cui egli esegua una qualche forma di controllo, monitoraggio o filtraggio della massa informativa immessa sui server di cui è titolare⁵⁶.

Dalle indicazioni riportate risulta un sistema nel quale, analogamente a quanto accade nell'esperienza americana, non è imposto al provider un obbligo di sorveglianza sui contenuti creati da terzi.

⁵⁴ Al riguardo possono leggersi HAN-CE, *Internet e la legge*, Milano-New York, 1997, 185 e ROBERTSON e NICOL, *Media Law*, 61.

⁵⁵ Il par. 1 (3) dell'Uk Defamation Act recita testualmente: « a person shall not be considered the author, editor or publisher of a statement if he is only involved a) in printing, producing, distributing or selling printed material containing the statement; b) in processing, making copies of, distributing, exhibiting or selling a film or sound recording containing the statement; c) in processing, making copies of, distributing or selling any electronic medium in or which the statement is recorded, or in operating or providing any equipment, system or service by means of which the statement is retrieved, copied, distributed or made

available in electronic form; d) as the broadcaster of a live programme containing the statement in circumstances in which he has no effective control over the maker of the statement; e) as the operator of or provider of access to a communications system by means of which the statement is transmitted, or made available by a person over whom he has no effective control ».

⁵⁶ È stato comunque osservato (DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, 763) che la disciplina contenuta nel Defamation Act non risolve i problemi relativi alla responsabilità del provider in quanto questi potrebbe essere comunque chiamato a rispondere ad altro titolo.

Tale affermazione di principio non è però in grado di far ritenere che il provider sia sempre irresponsabile per i contenuti lesivi.

Come si è visto, infatti, l'Uk Copyright Act può condurre all'affermazione di una responsabilità del provider non solo nel caso in cui questi abbia conoscenza della violazione (e ciò può giustificarsi), ma anche quando non l'abbia conosciuta pur potendola conoscere usando la normale diligenza.

Questa possibilità apre una « voragine » di fronte al provider, in quanto è molto arduo individuare le violazioni che egli può essere in grado di rilevare e non è chiaro quale diligenza debba guidare la sua condotta in assenza di uno specifico obbligo di controllo.

La questione, già accennata con riguardo all'esperienza nordamericana, è complessa e anche su di essa si dovrà tornare in seguito.

Allo stesso modo, secondo quanto previsto dal Defamation Act, non sussiste un obbligo di controllare la presenza di eventuali messaggi lesivi sui siti, con la conseguenza che non può essere affermata la responsabilità dell'ISP per le violazioni dei diritti della personalità effettuate tramite il suo server.

La responsabilità però sussiste allorché il provider abbia deciso di adottare misure di controllo o monitoraggio sulle comunicazioni effettuate da i suoi utenti o, in generale, allorché l'ignoranza dei contenuti lesivi dipenda da negligenza⁵⁷.

Come già osservato rispetto all'area statunitense, ciò che deriva da questa situazione è una tendenza all'assoluto disimpegno da parte dei provider rispetto all'adozione di eventuali attività di controllo.

Quello che però non convince è l'affermazione di responsabilità nei casi in cui il provider ignori per negligenza la violazione. Anche in questo caso, infatti, come accennato poco sopra, pare difficile individuare il *discrimen* tra violazioni conoscibili con l'ordinaria diligenza e quelle, per così dire, meno evidenti. Se infatti è tecnicamente possibile, attraverso l'impiego di sofisticati software di filtraggio e l'utilizzazione dei motori di ricerca, individuare espressioni lessicalmente lesive, ben più difficile, se non impossibile, è cogliere la lesione del diritto alla reputazione, alla privacy, all'identità personale di un soggetto o ancora la commissione di illeciti concorrenziali.

2.3. LA RESPONSABILITÀ DELL'ISP IN GERMANIA.

La Germania è stata, a quanto risulta, il primo stato a darsi una disciplina organica concernente la responsabilità degli operatori di Internet. Ciò è avvenuto con la legge federale del 2 luglio 1997 sui servizi di informazione e comunicazione (Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste, c.d. IuKDG⁵⁸) la quale af-

⁵⁷ In questo senso si veda HANCE, *Internet e la legge*, Milano-New York, 1997, 186.

⁵⁸ Questa legge è composta da 11 articoli i quali rappresentano altrettanti testi legislativi autonomi, accomunati dal

fatto di regolare, anche se non sempre in maniera esclusiva, i servizi informatici e comunicativi. In particolare l'art. 1 contiene la legge sull'utilizzazione dei servizi a distanza ed è volta a disciplinare prevalentemente la responsabilità degli

ferma, nel paragrafo n. 5, che i fornitori dei servizi « sono responsabili dei materiali altrui da essi resi disponibili solo se hanno conoscenza dei loro contenuti e sia tecnicamente possibile ed esigibile impedirne la disponibilità »⁵⁹.

È stato quindi osservato, sulla base di questa normativa, che il service provider può incorrere in responsabilità ricorrendo le seguenti tre situazioni: a) che sia a conoscenza della diffusione del materiale illecito mediante il proprio server; b) che abbia a disposizione gli strumenti tecnici per evitare che tale materiale venga ulteriormente diffuso; c) che ci si possa ragionevolmente attendere un suo intervento affinché la diffusione del materiale illecito venga impedita⁶⁰.

Anche il legislatore tedesco ha optato in maniera netta per l'esclusione di ogni obbligo di controllo da parte del service provider sui contenuti, ma ha però deciso di far scaturire una sua responsabilità dalla conoscenza che egli eventualmente abbia della violazione commessa e dalla possibilità tecnica di arrestare la ulteriore diffusione in rete. Quanto a quest'ultimo elemento, deve ritenersi che un provider sia sempre in grado tecnicamente di bloccare, oscurare, etc., il materiale immesso su un proprio server e che quindi non possa utilmente invocare la sua impossibilità di provvedere « tecnicamente » a tale attività.

Più complessi gli aspetti relativi alla conoscenza o conoscibilità della violazione ed al blocco della disponibilità dei dati.

Quanto alla conoscenza, ripetendo le perplessità già manifestate in ordine alla difficoltà di individuare l'estensione della diligenza che dovrebbe muovere il provider in detta attività conoscitiva, deve ritenersi che il provider in concreto possa essere reso responsabile soltanto qualora venga a conoscenza dell'illecito per esserne stato informato da altri soggetti, titolari del diritto leso. Daltronde tale possibilità è contemplata dallo stesso par. 5 dello IuKDG il quale, al n. 4, stabilisce che « Qualora (...) il fornir-

operatori che offrono servizi a distanza con il mezzo elettronico (con esclusione di telefono e radio); l'art. 2 è la legge sulla protezione dei dati nei servizi a distanza: è quindi un complemento, dal punto di vista della tutela dei dati personali, della legge precedente; l'art. 3 è la legge sulla firma digitale la quale, oltre a disciplinare la nozione in generale, prevede anche l'istituzione di enti di certificazione; l'art. 4 contiene alcune modifiche al codice penale rese necessarie dall'avvento delle tecnologie informatiche; l'art. 5 ha pressoché analogo contenuto, sebbene nell'ottica delle infrazioni ai regolamenti dei servizi comunicativi pubblici; l'art. 6 riguarda modifiche alla legge sulla diffusione di scritti dannosi per i minori; l'art. 7 costituisce la normativa di recepimento della direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996 sulla tutela giuridica delle banche dati; gli artt. 8-10 contengono modifiche alla disciplina tariffaria dei servizi telecomunicativi e l'articolo conclusivo disci-

plina l'entrata in vigore dell'intero complesso normativo.

⁵⁹ Questa disciplina ha il merito di aver per la prima volta sancito in un testo normativo la fondamentale differenza tra semplice access provider e service provider, facendone derivare la conseguenza ormai affermata presso le giurisprudenze occidentali dell'irresponsabilità del mero fornitore di accesso. Il n. 3 del par. 5 recita infatti testualmente: « I fornitori di servizi non sono responsabili dei materiali altrui immessi da soggetti ai quali essi hanno fornito solo l'accesso ».

Risulta quindi evidente la differenza tra materiali illeciti immessi conseguentemente all'accesso e materiali invece « resi disponibili » dal service provider. In tal ultimo caso, ricorrendo le condizioni di cui al n. 3 del par. 5, il service provider dovrà essere ritenuto responsabile.

⁶⁰ Così GATTEL, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet provider*, www.interlex.com/regole/gattei2.html.

tore dei servizi acquisisca conoscenza di contenuti illeciti e una chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile, rimangono salvi, secondo le leggi generali, gli obblighi di impedimento della disponibilità di tali materiali. ».

Da quanto detto emerge che il testo tedesco ha l'indubbio merito di far emergere un problema rilevante, che peraltro occupa costituisce un punto nodale del dibattito permanente che si è instaurato intorno alla rete: quello del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero ed esigenza di tutela dei diritti.

In questo quadro generale deve collocarsi la questione del fondamento dell'obbligo del provider, a conoscenza di un illecito, di rimuovere il materiale dannoso.

Si tratta della questione che il legislatore tedesco mostra di aver percepito allorché fa derivare la responsabilità dell'ISP non solo dalla sua conoscenza dell'illecito ma pure dalla circostanza che da parte sua sia « esigibile » impedire la disponibilità dei materiali illeciti.

Il problema diviene quindi quello di verificare la legittimità dell'attribuzione al provider di poteri censori.

Lo stesso legislatore dello IuKDG non ha tracciato al riguardo criteri particolari, connessi alla peculiarità del fenomeno Internet, ed ha scelto la via del rinvio alle leggi generali⁶¹.

Forse anche per questo motivo è stato osservato, con affermazione altrimenti sibillina, che il sistema che emerge dal paragrafo n. 5 dello IuKDG possiede una « valenza non costitutiva, ma semplicemente dichiarativa della responsabilità del provider alla stregua del diritto tedesco, ed in quest'ottica può essere utile oggetto di riflessione anche per l'operatore italiano »⁶².

Prima dell'introduzione della finora descritta normativa *ad hoc*, anche in Germania sussistevano impostazioni lievemente differenti a secondo che il materiale ledesse i diritti della personalità o quelli relativi alla proprietà intellettuale.

Per questi ultimi la posizione della giurisprudenza tedesca era quella di applicare la disciplina sulla responsabilità editoriale di testata giornalistica anche all'Internet Provider, sulla base dell'affermazione che il provider avrebbe avuto l'obbligo di controllare la legittimità del materiale fornito dai propri utenti⁶³.

Relativamente ai contenuti lesivi dei diritti della personalità, era prevalente una impostazione meno rigorosa, che prevedeva la responsabilità dell'ISP nei soli casi di affermazioni « dichiaratamente » offensive. Questo orientamento, eccessivamente generico, venne poi precisato dalla Corte Federale di Stoccarda con una pronuncia che ha costituito l'antecedente

⁶¹ Il n. 4 del par. 5 dello IuKDG recita infatti testualmente: « Qualora il fornitore dei servizi acquisisca conoscenza di contenuti illeciti e una chiusura sia tecnicamente possibile ed esigibile, rimangono salvi, secondo le leggi generali, gli obblighi di impedimento della disponibilità di tali materiali »

⁶² Di CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del*

provider, in *Danno e resp.*, 1999, 763. Sullo IuKDG si vedano anche le considerazioni di BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Torino, 1998, 213 ss.

⁶³ In questo senso si veda AG Nagold, Oktober 31, 1995, CR 1996/4, 240. Secondo questa decisione tale controllo non solo era tecnicamente possibile, ma poteva essere preteso nei confronti di tutti i provider.

dell'impostazione poi adottata dal legislatore tedesco nel par. 5 dello *InKDG*⁶⁴.

In questa decisione, relativa alla diffusione di materiale diffamatorio tramite un BBS, la Corte sostenne che sarebbe stato impossibile far gravare sul provider un obbligo di controllo sul materiale inviato dai propri utenti e che pertanto una responsabilità dell'ISP poteva essere riconosciuta soltanto nel caso in cui lo stesso fosse a conoscenza o avesse potuto conoscere l'esistenza del materiale lesivo.

2.4. LA RESPONSABILITÀ DELL'ISP IN FRANCIA.

Nell'esperienza francese, sebbene siano state emesse numerose pronunce relative alla configurabilità di illeciti a mezzo Internet⁶⁵, la questione specifica della responsabilità aquiliana del provider per i contenuti immessi sui siti ospitati sui propri server non era mai stata specificamente affrontata dalle Corti sino alla recente decisione della Corte d'Appello parigina del 10 febbraio 1999⁶⁶.

È stata infatti questa pronuncia a sancire per la prima volta una responsabilità extracontrattuale del provider per il contenuto illecito di materiali immessi nei siti da lui ospitati.

A dire il vero già prima di questo intervento giurisprudenziale la dottrina francese aveva manifestato la tendenza a porre in capo ai provider obblighi di sorveglianza, seppur non generalizzati⁶⁷.

Nella fattispecie decisa dalla corte parigina, avente ad oggetto la responsabilità di un provider di primaria rilevanza nazionale, si era verificata

⁶⁴ LG Stuttgart, November 17, 1987.

⁶⁵ Il caso senza dubbio più eclatante, anche per la delicatezza delle questioni che involgeva, è probabilmente quello che ha visto protagonista l'UEJF (l'associazione francese degli studenti ebrei). La controversia aveva ad oggetto la pubblicazione di materiale e messaggi di natura razzista e soprattutto antisemita sullo spazio virtuale messo a disposizione da taluni provider. Gli studenti chiedevano che la diffusione del materiale fosse arrestata, la connessione ai siti incriminati impedita ed il divieto per i fornitori di accesso di accogliere altri messaggi sui propri siti o sui propri newsgroup. Ne conseguì una decisione del Tribunale di Parigi (Trib. Parigi, 12 giugno 1996, leggibile all'indirizzo www.Aui.fr/affaires/uejfordonnance.html) con la quale venne affermata l'incompetenza della Corte ad intervenire su manifestazioni del pensiero attraverso un sistema di censura non fondato al momento su regole predeterminate ma al tempo stesso veniva affermata l'esigenza di disciplinare l'attività di manifestazione del pensiero in rete e auspicata al riguardo l'autoregolamentazione da parte dei soggetti interessati.

Altro caso che ha suscitato notevole scalpore in Francia è quello che ha avuto quale protagonista lo stilista Yves Rocher. Questi aveva scritto un opuscolo contenente affermazioni non certo gradevoli nei confronti di una casa di moda concorrente e diffuse tale materiale in rete rendendolo così accessibile al pubblico. Lo stilista si difese dalle accuse di diffamazione rivoltegli dalla ditta concorrente sostenendo l'impossibilità tecnica di rimuovere un documento dalla rete una volta diffuso.

La corte (Trib. Parigi, 16 aprile 1996, REF 54240/96) condannò lo stilista per diffamazione, affermando che non aveva fornito la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad impedire la diffusione del documento sulla rete a partire dal sito ove era avvenuta la prima pubblicazione.

⁶⁶ App. Parigi, 10 febbraio 1999, in questa *Rivista*, 1999, 926 e in *Danno e resp.*, 1999, 754.

La sentenza è inoltre consultabile nel testo originale all'indirizzo www.legalis.net/legalnet/judiciaire/decisions/ca_100299.htm.

⁶⁷ BITAN, *Acteurs et responsabilites sur l'internet*, in *Gaz. Pal.*, *Dossier Internet*, 1998, 501 ss.

la pubblicazione, su un sito ospitato gratuitamente ed anonimamente dal detto provider, di alcune fotografie che ritraevano la nuora di una famosa rockstar francese completamente o parzialmente nuda.

La danneggiata aveva quindi chiesto la rimozione immediata delle immagini diffuse senza autorizzazione e la condanna del provider al risarcimento dei danni subiti.

La Corte parigina ha ritenuto responsabile il gestore del sito sulla base della considerazione, per la verità non troppo argomentata in punto di diritto, che il provider, « offrendo, come in questo caso, di ospitare e ospitando anonimamente nello spazio Altern.org che ha creato e che gestisce, qualsiasi persona che, con qualsiasi appellativo faccia richiesta al fine di mettere a disposizione del pubblico, segni, segnali, scritti, immagini, suoni o messaggi di qualsiasi natura che non siano corrispondenze private, eccede evidentemente il ruolo tecnico di un semplice trasmettitore di informazione e deve obbligatoriamente assumersi, nei confronti dei terzi dei quali si sarebbero violati i diritti in tali circostanze, le conseguenze di attività che ha deliberatamente intrapreso nelle condizioni sopra indicate e che è fonte di profitto ».

La decisione ha provocato una vasta eco nella pubblica opinione francese⁶⁸, sia per la notorietà del provider sia per la plateale protesta che a tale sentenza è seguita⁶⁹.

Dal punto di vista che qui interessa, deve rilevarsi che la Corte parigina non ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo di controllo del provider sul contenuto dei siti ospitati ma ciononostante ne ha affermato la responsabilità, attribuendo valore decisivo al consenso prestato dal provider al mantenimento dell'anonimato da parte dei fornitori di contenuti.

Pertanto, se da un lato i giudicanti hanno accolto la linea difensiva del provider, volta a valorizzare l'impossibilità tecnica di operare un controllo sui contenuti, stante la possibilità di modificazione continua degli stessi da parte del creatore delle pagine, dall'altro hanno ritenuto che nel caso di specie il provider eccedesse il ruolo di mero trasmettitore di informazioni provenienti da altri.

A quest'ultimo riguardo, pur nella stringatezza della motivazione, pare che tale eccesso rispetto al ruolo di semplice distributore (o veicolatore) di informazioni sia stato ricollegato dai giudici parigini all'ospitalità gratuita e soprattutto anonima che il provider garantiva ai creatori di contenuti.

La sentenza sembra quindi aver applicato nei confronti del provider una sorta di principio di responsabilità oggettiva laddove lo ha ritenuto responsabile pur in assenza di un obbligo di controllo.

⁶⁸ La notizia della sentenza è stata fornita in tempo reale dall'agenzia ANSA ed alla stessa sono stati dedicati articoli sui più diffusi e prestigiosi quotidiani francesi (Le Monde, 17 marzo 1999; Liberation, 22 marzo 1999; Le Nouvel Observateur, 18 e 29 marzo 1999;

⁶⁹ Il gestore del sito ritenuto responsa-

bile ha infatti deciso di chiudere i 47.634 ospitati dalla sua società Altern.org ed ha lasciato attiva una sola pagina web ove è contenuto un messaggio di protesta, contenente incitazioni a tutti gli interessati ad agire affinché non venga impedita la gestione gratuita di siti web e con essa la libertà di espressione.

Daltronde la Corte, pur avendo operato un interessante tentativo di ricostruire la disciplina applicabile alla fattispecie, non ne ha tratto elementi per la *ratio decidendi*⁷⁰.

Non ha infatti minimamente verificato l'adempimento dei tre obblighi che secondo la dottrina francese gravano sul provider ai fini dello svolgimento lecito della propria attività: la dichiarazione al Conseil Supérieur de l'Audiovisuel e al Procuratore della repubblica ex art. 43 l. 86-1067; la nomina per il sito di un direttore della pubblicazione, persona fisica identificata o identificabile ai sensi dell'art. 93 della medesima legge; l'identificazione di una o più persone fisiche responsabili del sito, sulla base del disposto del Decret n. 87-277 del 17 aprile 1987.

La declaratoria di responsabilità non è quindi stata basata sull'eventuale inadempimento degli obblighi appena menzionati, con la conseguenza che la decisione fin da subito non è sembrata destinata a costituire un *leading case* in materia di responsabilità del provider⁷¹.

La decisione non affronta infatti, se non incidentalmente, la più generale questione della sussistenza e (in caso affermativo) dei limiti dell'obbligo di vigilanza del provider sui siti gestiti.

Indubbiamente l'aspetto interessante di questa pronuncia è quello di aver messo in rilievo la questione dell'anonimato in rete.

Come già rilevato, sarebbe stato proprio l'anonimato a generare la responsabilità, facendo ritenere alla corte parigina il provider non più come fornitore d'accesso bensì come *hebergeur* del sito⁷².

Se comunque l'equivalenza affermata (neppure troppo implicitamente) dalla corte tra consenso all'anonimato e accettazione della responsabilità diretta per i contenuti immessi on line appare troppo drastica è però vero che la questione dell'identificazione e/o identificabilità dei creatori di contenuti costituisce l'unico contrappeso all'esclusione di ogni obbligo di sorveglianza sui contenuti da parte del provider.

Ciò che però stupisce è che sia stata attribuita a titolo pressoché oggettivo la responsabilità al provider senza alcun tentativo di indagare l'effettiva identità dell'autore della lesione⁷³. Se la soluzione adottata può infatti essere comprensibile in un'ottica di *favor* verso il danneggiato, interessato

⁷⁰ In particolare la Corte ha osservato che un sito web è configurabile, ai sensi della legge 30 settembre 1986, n. 1067, come « service de communication audiovisuelle », laddove si considera come comunicazione audiovisiva, in base all'art. 2 della stessa legge, la messa a disposizione « de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou des messages » di ogni genere, estranei alla corrispondenza privata. Nello stesso si veda in dottrina OLIVIER e BARBRY, *Des réseaux aux autoroutes de l'information: révolution technique? Révolution juridique?*, in *ICP*, 1996, 3928, 183.

⁷¹ In questo senso si veda nella dottrina italiana RICCIO, *cit.*, 932.

⁷² In tal senso VOITURIEZ, *Problématique de la responsabilité du fournisseur d'accès sur Internet*, in *Gaz. Pal., Dossier Internet*, 1999, 23. Nella dottrina

francese (al riguardo si veda BITAN, *Acteurs et responsabilités sur l'Internet*, in *Gaz. Pal., Dossier Internet*, 1998, 501) è infatti ricorrente la tripartizione tra fournisseur d'hébergement, il quale avrebbe un obbligo di monitoraggio, fournisseur d'accès, il cui controllo sarebbe limitato ai gruppi di discussione ed a un controllo sui siti con nome di dominio « ambiguo », che denoti pericolosità potenziale e fournisseur de contenus, vale a dire il soggetto che immette direttamente il contenuto e quindi è responsabile per l'eventuale commissione di un illecito.

⁷³ L'osservazione è formulata anche da RICCIO, *cit.*, 933. Nello stesso senso si veda da ultimo PERON, *Responsabilité extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 822.

a pervenire nel modo più agevole all'individuazione di un soggetto solvibile che provveda a riparare il danno, non convince però dal punto di vista delle argomentazioni giuridiche, soprattutto laddove la stessa decisione piuttosto chiaramente esclude la sussistenza di un obbligo di controllo sui contenuti in capo all'ISP.

Il *decisum* potrebbe comunque costituire una spinta verso l'adozione di un sistema assimilabile a quello della responsabilità del produttore consacrato nella direttiva 85/374/CE, nel quale il provider rivestirebbe il ruolo di fornitore. Tale assimilazione avrebbe l'effetto di consentire l'immediata rilevazione del soggetto che rende disponibile il contenuto e lo indurrebbe a rivelare l'identità del creatore di contenuto (il « produttore »), soggetto direttamente responsabile della commissione dell'illecito⁷⁴.

La prospettiva è sicuramente sostenibile, sebbene emerga una differenza radicale tra le situazioni assimilate: nel sistema della direttiva sulla responsabilità del produttore il meccanismo prescelto consente l'individuazione del soggetto maggiormente solvibile (appunto il produttore); applicando tale meccanismo al rapporto tra creatore del materiale (assimilabile al produttore della direttiva) ed il provider (assimilabile al fornitore della direttiva) si agevola sì l'individuazione dell'effettivo autore della violazione, con la differenza però che quest'ultimo non rappresenta in questi casi il soggetto che assicura maggiori garanzie di solvibilità.

Come accennato, la particolarità della fattispecie illecita, caratterizzata dal mantenimento dell'anonimato da parte dei creatori di contenuti ha fatto focalizzare l'esame dei giudicanti su tale aspetto, probabilmente impedendo alla corte di addentarsi in una ricostruzione del sistema della responsabilità extracontrattuale del provider, lasciando così sostanzialmente aperto il dibattito tra irresponsabilità assoluta del provider ed esigenza di rinvenire rassicuranti criteri di imputazione della responsabilità da illecito.

Di recente però la giurisprudenza d'oltralpe ha compiuto un ulteriore passo in avanti nell'indagine del fenomeno.

Si intende qui fare riferimento alla recente sentenza del Tribunale di Nanterre⁷⁵ la quale, a quanto consta per la prima volta, ha stilato una sorta di « decalogo » delle condizioni che fanno scaturire la responsabilità del provider - fornitore di ospitalità e si presenta, ad avviso di chi scrive, come il più penetrante e meditato tentativo di ricostruire, nel silenzio del legislatore, il sistema della responsabilità aquiliana di questi operatori telecomunicativi.

La decisione, compiuta un'analisi del ruolo concretamente svolto dal provider quale mero veicolatore dei contenuti che transitano sul suo sito⁷⁶, e passate in rassegna le prestazioni effettuate ed effettuabili da parte del provider nei confronti del sito gestito, giunge ad affermare che il provider, nel caso in questione, eccede il ruolo di semplice trasmettitore tecnico di informazioni.

⁷⁴ Così RICCIO, *cit.*, 935.

⁷⁵ TGI Nanterre, 8 dicembre 1999, in *Semaine Juridique*, 2000, n. 13, 577 e ora in questa *Rivista*, 2000, 307.

⁷⁶ Secondo la Corte francese il provi-

der effettua in questi casi una « prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter ».

È questo il motivo per il quale la sua attività può costituire fonte di responsabilità.

Rifiutata quindi l'opzione per l'irresponsabilità del fornitore di ospitalità (le *fournisseur d'hébergement*) il giudicante francese si trova di fronte il problema di individuare il regime di responsabilità applicabile e lo rinviene nella clausola generale di cui all'art. 1383 code civil, la quale impone l'obbligo di comportarsi secondo diligenza.

In questo modo, vista l'assenza di una disciplina legislativa e viste le difficoltà di implementare sistemi di autodisciplina, la sentenza evita le facili suggestioni evocatrici di responsabilità aggravate in capo al provider e lo considera invece tenuto al generale obbligo di prudenza e diligenza (« *le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence* ») richiesto ad ogni consociato.

La pronuncia merita apprezzamento anche per il tentativo di delimitare gli esatti confini della così individuata obbligazione generale di diligenza dei provider, fornendo agli stessi operatori paradigmi cui ispirare la propria condotta.

Il più generale obbligo di diligenza viene infatti specificato in quelli di informazione, vigilanza e azione ed il giudizio di responsabilità del provider viene ad essere subordinato alla verifica del rispetto di ciascuna di tali categorie di obblighi⁷⁷.

L'obbligo di informazione consiste nel rendere edotti i creatori dei contenuti circa l'esigenza di rispetto dei diritti dei terzi ed in particolare di quelli della personalità.

L'obbligo di vigilanza, lungi dal consistere in un improponibile obbligo di porre in essere una sorveglianza minuziosa ed approfondita sul contenuto dei siti, viene individuato nell'apprestamento dei mezzi esigibili da un professionista diligente per eliminare dal proprio server i siti il cui carattere illecito è di tutta apparenza⁷⁸.

La violazione dell'obbligo di rimuovere il contenuto all'apparenza è stata già esaminata come fonte di responsabilità del provider negli ordinamenti statunitense, inglese e tedesco ed a tal riguardo ci si è chiesti quale debba essere il grado di diligenza esigibile dal provider nell'identificazione del carattere illecito del sito. La pronuncia del tribunale di Nanterre opportunamente affronta anche questo aspetto, affermando che detta apparenza illecita deve essere valutata con riguardo alle competenze proprie del provider fornitore d'ospitalità.

Ciò a nostro avviso sta a significare che sul provider non incombe l'obbligo di essere un esperto di diritto della proprietà industriale o quello di verifica del registro dei brevetti ma più semplicemente quello di adozione di quelle misure tecniche che sono esigibili in rapporto alla sua competenza professionale.

A ben vedere a questo riguardo la pronuncia sembra andare anche oltre, ritenendo che un diligente *hebergeur* (diremmo il provider medio,

⁷⁷ Nel caso di specie, infatti, la responsabilità è stata riconosciuta in misura diversa nei confronti dei tre provider « incriminati » proprio all'esito di una valutazione circa l'ottemperanza ai vari obblighi in cui si specifica quello generale di diligenza.

⁷⁸ Ciò conferma che non viene attribuita al provider la responsabilità aggravata del *gardien*, assimilabile alla responsabilità del custode *ex art. 2051 c.c.* nel sistema italiano in quanto fondata su un potere di controllo sulla cosa.

vale a dire quello che si comporta secondo lo stato dell'arte conosciuto in un determinato ambito professionale - art. 1176, secondo comma c.c. italiano) non possa non essere a conoscenza del fatto che molto frequentemente accade che sui siti vengano immessi materiali fotografici in assenza di autorizzazione da del soggetto ritrattato⁷⁹ e che pertanto debba sfruttare quegli strumenti tecnici per lui facilmente utilizzabili (i motori di ricerca) che consentono quanto meno di individuare siti sospetti presenti sul proprio server. Questo contenuto dell'obbligo di vigilanza, che sembra imporre un costante impegno di ricerca sulla rete, ci pare però eccessivo e comunque non utilizzabile al di là delle violazioni del diritto all'immagine o all'onore o alla reputazione a meno di non ricadere nell'errore di esigere dal provider una competenza professionale che non può possedere in ordine all'individuazione di contenuti illeciti.

Con obbligo di azione deve poi intendersi, secondo la sentenza, quello di bloccare l'accesso⁸⁰ al sito non appena pervenga la segnalazione di una lesione. Si tratta di quanto abbiamo già visto accadere nell'esperienza nord-americana in relazione alla « *notice of infringement* » oppure negli altri ordinamenti occidentali in conseguenza della conoscenza di un illecito.

Con questa pronuncia, come è stato osservato dalla dottrina francese⁸¹, si è passati da una fase di pericolosa irresponsabilità dei provider (precedente alla Corte di Appello di Parigi) ad una di responsabilità *securisante*, che tenta di raggiungere un difficile equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'individuazione di un responsabile e quella di non far gravare sui provider obblighi effettivamente inesigibili che finirebbero per comportare in capo ad essi una oggettivazione della responsabilità assolutamente non giustificabile⁸².

Per quanto detto la sentenza di Nanterre pare in grado di costituire, almeno fino all'adozione di una disciplina europea che sembra prossima, una sorta di decalogo alla stregua del quale verificare, caso per caso, se il provider possa essere ritenuto responsabile per i contenuti illeciti da altri immessi sui siti ospitati sul proprio server.

3. LA RESPONSABILITÀ DELL'ISP IN ITALIA.

La problematica della responsabilità extracontrattuale dell'Isp per il contenuto illecito delle comunicazioni e dei messaggi immessi nei siti da

⁷⁹ A questo riguardo il tribunale di Nanterre menziona espressamente la già esaminata decisione della Corte d'Appello parigina come idonea (anche per la eco avuta sui mass media) a sensibilizzare gli operatori di servizi Internet sulle possibili responsabilità (« En l'espece il est manifeste que les professionnels ont largement été sensibilisés par les développements médiatiques consacrés début 1999 à l'affaire Estelle hallyday c/ V. lacambre au problème de la violation du droit à l'image par des éditeurs de site reproduisant sans autorisation des photographies consacrées aux charmes féminins »).

⁸⁰ La pronuncia parla esattamente di « *fermeture du site* ».

⁸¹ OLIVIER e BARBRY, *Responsabilité sur Internet: le droit commun, encore et toujours!*, in *Semaine juridique*, 2000, II, 10, 279.

⁸² Non ce la sentiamo pertanto di aderire a quanto affermato nei primi commenti italiani alla decisione (RICCIO, *Anonimato e responsabilità in Internet*, in questa *Rivista*, 2000, 314) circa il rischio che l'attribuzione di obblighi di diligenza troppo vaghi finisca per « aprire uno spiraglio a favore di responsabilità che prescinde dalla colpa ». A nostro avviso i giudici francesi

lui gestiti, caratterizzata da una sorta di fluidità, sembra aver di recente trovato stabilità presso le aule giudiziarie italiane.

In particolare appare raggiunta l'uniformità intorno al principio secondo il quale non sussiste un obbligo di vigilanza del provider sui contenuti veicolati mediante i siti che egli gestisce, con la conseguenza che il medesimo non è responsabile dei contenuti illeciti che ha solo tecnicamente permesso di far transitare in rete.

La questione si presenta di notevole rilevanza.

Si tratta, come è evidente, di scegliere se far derivare in capo ai provider forme di responsabilità collegate al loro rapporto privilegiato con la rete e con i messaggi veicolati oppure se ciò debba essere evitato, potendo la responsabilità dei provider essere dichiarata solo in caso di creazione dei contenuti illeciti⁸³.

Il sistema italiano della responsabilità civile è infatti costituito da una molteplicità di criteri di imputazione che si affiancano a quello tradizionale sancito nell'art. 2043 c.c., restringendone l'ambito di applicazione⁸⁴.

Si pensi, infatti, alla responsabilità da cose in custodia, la quale viene attribuita mediante un criterio di imputazione per così dire più « diretto » di quello previsto dall'art. 2043 c.c., tale da far gravare sul custode una presunzione di responsabilità di così difficile superamento da far ritenere che si tratti, in concreto, di una responsabilità oggettiva⁸⁵.

Qualora si ritenesse il provider custode ai sensi dell'art. 2051 c.c., ciò titolare di un effettivo potere di controllo sui dati, lo si potrebbe considerare gravato della presunzione di responsabilità⁸⁶.

Il nostro sistema prevede una responsabilità aggravata, basata anch'essa su una presunzione ben difficilmente superabile, pure per l'esercente di attività pericolosa (art. 2050 c.c.).

In linea astratta anche questa disposizione potrebbe essere applicata al provider qualora si ritenesse ricorrente il presupposto della pericolosità dell'attività di gestione di siti dove transitano informazioni potenzialmente ed eventualmente lesive di altrui situazioni protette.

Sembra però di poter dire che né la nostra dottrina né la giurisprudenza, per la verità ancora piuttosto esigue in materia, si siano lasciate

hanno soltanto fornito degli standard valutativi puramente esemplificativi, funzionali all'indagine casistica da cui non si può prescindere nel delimitare la condotta esigibile dal provider.

⁸³ Su questa problematica si veda in generale COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, in questa *Rivista*, 1998, 811.

⁸⁴ È infatti ormai pacifico in dottrina che il sistema della responsabilità civile sia un sistema policentrico e non monocentrico nel quale, accanto al criterio di imputazione contenuto nell'art. 2043 c.c., sul punto si veda per tutti RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1961, 21 e 144 ss.; SALVI, voce « Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.) », in *Enc.*

Dir., Milano, 1988, 1217 e ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1998, 15 e ss. e quanto riferito *supra*, nota 12.

⁸⁵ Per il dibattito svoltosi tra dottrina e giurisprudenza circa la ricostruzione della norma in termini di responsabilità oggettiva o per colpa si veda *supra*, nota n. 15.

⁸⁶ Presupposto dell'operatività del meccanismo di canalizzazione della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. è infatti la sussistenza in capo al soggetto che si pretende responsabile di un effettivo potere fisico sulla « cosa », potere fisico al quale inerte il dovere di custodire la cosa stessa, cioè di vigilarla e di mantenerne il controllo in modo da impedire che arrechi danno a terzi (così per tutte Cass., 20 maggio 1998, n. 5031, cit.).

suggerire da questi criteri di canalizzazione della responsabilità, funzionali ad esigenze di sicurezza sociale piuttosto che di individuazione delle effettive responsabilità⁸⁷.

Non si vuole certo negare che gli illeciti causati dalle informazioni presenti sui siti e create ed immesse da soggetti diversi dal provider possano anche comportare danni di rilevantissima entità e che optare per l'attribuzione ai provider di responsabilità aggravate, giustificate dal loro rapporto di contiguità con le informazioni presenti *on line*, possa rispondere all'esigenza di individuare più agevolmente un responsabile verso il quale indirizzare la richiesta risarcitoria, visto il rischio che l'autore effettivo dell'illecito rimanga non identificato.

Sebbene tutto ciò sia senza dubbio vero non sembra però corretto neppure indirizzarsi verso forme di responsabilità oggettiva assolutamente non giustificate vista l'effettiva impossibilità (non solo tecnica) del provider di operare un controllo « preventivo » sull'enorme massa informativa veicolata.

Si diceva poc' anzi della recente affermazione del principio giurisprudenziale dell'esonero del provider da un obbligo di controllo sui contenuti.

Il percorso che, almeno allo stato attuale, ha condotto a tale principio non è stato però agevole.

L'esame delle pronunce giurisprudenziali rese in tema di responsabilità dell'ISP per i contenuti immessi da altri soggetti può esemplificativamente ed a puro scopo di schematizzazione essere diviso in due segmenti: il primo comprende le decisioni che giungono fino alla pronuncia del tribunale di Roma del 4 luglio 1998⁸⁸ ed il secondo appunto quelle che a questa sorta di « spartiacque » giurisprudenziale fanno seguito.

Si tratta, come anticipato, soltanto di una esemplificazione.

L'impostazione pressoché uniforme fin dal primo apparire della problematica presso i nostri giudicanti è stata quella dell'attribuzione agli Isp di un obbligo di controllo sui contenuti.

Conseguentemente, in caso di illeciti costituiti da messaggi ospitati su server, veniva dichiarata la responsabilità del gestore del server medesimo.

Questa impostazione è stata inaugurata, a quanto consta, da un'ordinanza del tribunale di Napoli dell'agosto 1996⁸⁹ secondo la quale doveva essere affermata la responsabilità del provider « per aver autorizzato, consentito, o comunque agevolato il comportamento illecito » dell'utente creatore dei contenuti illeciti⁹⁰.

In particolare il tribunale affermò che il provider operasse in quel caso come un responsabile editoriale, in quanto « ... il proprietario di un canale

⁸⁷ Sull'evoluzione della moderna responsabilità extracontrattuale verso un sistema di sicurezza sociale si veda in dottrina CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

⁸⁸ Si tratta di Trib. Roma, 4 luglio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 307.

⁸⁹ Trib. Napoli, 8 agosto 1996, in questa *Rivista*, 1997, 970.

⁹⁰ Si trattava, nel caso di specie, di un'ipotesi di concorrenza sleale posta in

essere da un utente del provider di messaggi promozionali contenenti nomi e marchi appartenenti a società concorrenti mediante il canale comunicativo fornito appunto dal provider. Il giudice napoletano individuò una ipotesi di illecito di concorrenza sleale del quale ritenne responsabile, a titolo di compartecipazione colposa, il provider ed ordinò la chiusura del sito gestito dal provider rimandando all'esito del giudizio di merito l'am-

di comunicazione destinato ad un pubblico di lettori — al quale va equiparato quale organo di stampa un sito Internet — ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari di cui deve verificare la natura palese, veritiera e corretta, concorrendo, in difetto, e a titolo di responsabilità aquiliana nell'illecito di concorrenza sleale».

L'impostazione adottata, alla quale si è adeguata la giurisprudenza successiva, collega l'obbligo di sorveglianza alla assimilazione del service provider ad un responsabile editoriale e del sito gestito ad un organo di stampa.

Su tali basi, verificata la commissione di un illecito, e per il solo fatto di questo, scaturisce una sorta di responsabilità oggettiva.

Ciò in quanto lo stesso verificarsi dell'evento dannoso costituisce la prova della colpa del provider per non aver vigilato sui contenuti transitori sui siti gestiti.

L'impostazione descritta è stata confermata anche in una successiva pronuncia del tribunale di Napoli⁹¹.

In questa decisione veniva affermato, ancor più decisamente, seppur in maniera piuttosto grossolana, che «...la rete Internet è equiparabile a un organo di stampa» e pertanto il proprietario di un canale di comunicazione (il gestore di un sito Internet) «ha obblighi precisi di vigilanza sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione dei messaggi pubblicitari»⁹².

L'assimilazione del gestore del sito ad un editore è in questa decisione resa ancor più netta dal richiamo espresso in motivazione a principi giurisprudenziali elaborati in materia di responsabilità editoriale⁹³.

Anche in questa decisione la responsabilità non è quindi attribuita al provider a titolo «diretto» ed esclusivo bensì come nella precedente pronuncia del tribunale napoletano a titolo di concorso nell'illecito concorrenziale posto in essere dall'imprenditore concorrente (l'utente fornitore di contenuto).

Addirittura la pronuncia in questione afferma in capo al gestore del sito un obbligo di controllo sui contenuti particolarmente penetrante, ricollegato all'eccezionale diffusione dello strumento di diffusione utilizzato⁹⁴.

montare del risarcimento dei danni subiti.

⁹¹ Trib. Napoli (ord.), 8 agosto 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 258 e in *Resp. civ. prev.*, 1998, 173.

La questione riguardava anche in questo caso la disciplina della concorrenza e la tutela dei segni distintivi.

⁹² Senz'altro grossolana è infatti l'assimilazione ad un organo di stampa dell'intera rete Internet laddove è evidente che, tecnicamente, si sarebbe dovuto equiparare ad un organo d'informazione il singolo sito. Su questo punto si veda ALBERTINI, *Le comunicazioni via Internet di fronte ai giudici: concorrenza sleale ed equiparabilità alle pubblicazioni a stampa*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 261.

⁹³ Si pensi all'applicazione nel caso di specie del principio in base al quale «grava (...) sull'editore un obbligo di diligente verifica circa la legittima titolarità del segno distintivo da parte dell'inserzionista (Trib. Milano, 31 gennaio 1980), nonché di controllo preventivo in ordine al contenuto del messaggio, al fine di verificare che la pubblicità sia palese, veritiera e corretta (Trib. Napoli, ord. 15 giugno 1994).

⁹⁴ Così testualmente l'ordinanza sul punto: «La carenza di vigilanza è, nel nostro caso, tanto più censurabile in considerazione dell'eccezionale diffusione dello strumento di comunicazione utilizzato (le moderne tecniche telematiche on line sulla rete Internet), che imponeva al diligente professionista una più intensa attività di

I principi affermati in questa decisione comportano senza dubbio conseguenze particolarmente gravose per gli Isp i quali si vedono destinatari di una *culpa in vigilando* in un settore in cui non solo è tecnicamente impossibile controllare il contenuto prima della diffusione, visto che tale contenuto è continuamente modificabile dall'utente senza necessità di alcun apporto da parte del provider ma è anche impensabile che dal provider debba attendersi una diligenza tale da porlo in condizione di « riconoscere » che si è in presenza di un illecito sul sito.

È stato osservato in senso critico che questa impostazione equivalga ad introdurre surrettiziamente una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto del tutto svincolata dall'accertamento della colpa⁹⁵.

Il problema non è però certamente questo, visto che non vi sono ormai più dubbi circa la non eccezionalità nel nostro sistema di regole di (tendenziale) responsabilità oggettiva, ma è bensì quello della scelta dei criteri selettivi della responsabilità che finisce per diventare, in questo ambito, ancora più che in altri, una scelta di politica del diritto⁹⁶.

La problematica ha infatti evidenti ripercussioni sull'espansione del commercio elettronico, sulla prestazione dei servizi a mezzo Internet, sulla diffusione di informazioni in rete e, più in generale, sull'evoluzione stessa del cyberspazio⁹⁷.

L'equiparazione tra sito Internet ed organo di stampa è stata sostanzialmente confermata anche in materia di lesione dei diritti della personalità dal tribunale di Teramo nel 1997⁹⁸.

Sebbene in tale pronuncia non si riscontrino affermazioni circa la sussistenza di un obbligo di vigilanza in capo al provider⁹⁹ sui contenuti immessi sui siti gestiti in essa è contenuto il principio secondo cui l'abuso del diritto

controllo. In senso critico per la superficialità con cui sarebbe stata affermata la declaratoria di responsabilità nei confronti del provider si veda SANZO, *Attività di concorrenza sleale posta in essere mediante comunicazioni pubblicitarie via Internet: qualificazione degli atti, corresponsabilità del titolare del domain name e problematiche connesse*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 175.

⁹⁵ TOSI E., *Le responsabilità civili*, in TOSI E. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 1999, 293. Secondo questo autore il compito di introdurre nuove forme di responsabilità oggettiva non può spettare che al legislatore, trattandosi pur sempre la responsabilità oggettiva di eccezione alla regola generale posta dall'art. 2043 c.c. della responsabilità a titolo di colpa.

Sinceramente non ce la sentiamo di aderire a questa impostazione. Ciò però in quanto non riteniamo giustificata l'attribuzione al provider di una responsabilità aggravata o anche oggettiva e non perché tale attribuzione debba essere affermata con legge. La dottrina più moderna ammette infatti uniformemente che il nostro sistema della responsabilità civile, nello sviluppo

che ha conosciuto negli ultimi decenni, non è più incentrato sulla regola « nessuna responsabilità senza colpa » e pertanto le ipotesi di responsabilità oggettiva o, per meglio dire, aggravata, non possono più essere considerate eccezionali. Su questa problematica si veda *supra*, nota n. 15.

⁹⁶ Sulle regole di responsabilità dell'Internet provider quali scelte di politica del diritto si veda ZENO-ZENCOVICH, *Internet tra diritto penale e diritto civile*, in questa *Rivista*, 1999, 1055.

⁹⁷ Si veda in questo senso DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, 756.

⁹⁸ Trib. Teramo (ord.), 11 dicembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 370. In tale caso si trattava della diffusione mediante un sito Internet messo a disposizione del provider di notizie lesive dell'onore e della reputazione di un soggetto.

⁹⁹ Nella pronuncia infatti tale responsabilità pare essere esclusa sulla base di una non meglio precisata clausola contenuta nel contratto tra il provider e l'utente — autore dei messaggi lesivi. Su tale clausola si veda in dottrina COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e « pubblica-*

di cronaca è sanzionabile anche se commesso con il mezzo « Internet », e ciò in quanto « ... il mezzo non modifica l'essenza del fatto ».

Sulla base di questa motivazione si è ritenuto che il giudice di Teramo abbia inteso confermare l'equiparazione suddetta tra sito Internet ed organo informativo¹⁰⁰.

Secondo parte della dottrina tale equiparazione sarebbe contenuta anche in un'ordinanza del Tribunale di Cuneo del giugno 1997¹⁰¹.

Ad avviso di chi scrive in tale pronuncia, piuttosto che la menzionata assimilazione, si afferma che la diffusione di contenuti a mezzo Internet costituisce « pubblicazione » ai sensi ed agli effetti della legge sul diritto d'autore.

La decisione del Tribunale di Cuneo merita però di essere esaminata in quanto è la prima in Italia, a quanto risulta, ad aver tentato di qualificare giuridicamente i rapporti tra i vari soggetti operanti in Internet, anche al fine di delimitarne le rispettive responsabilità in caso di illeciti.

In questa ottica la decisione, dopo aver distinto gli operatori in tre categorie fondamentali: 1) gli utenti puri e semplici; 2) i fornitori di informazioni (content provider); 3) i fornitori di accesso, afferma l'esclusione di ogni responsabilità in capo al provider per la violazione del diritto d'autore commessa mediante il suo sito.

L'operatore di servizi di Internet nel caso di specie si era limitato a concedere, nella veste di service provider, l'accesso alla rete, nonché lo spazio per la pubblicazione dei servizi informativi realizzati dall'utente.

In sostanza il provider aveva svolto un ruolo « ... che con una certa approssimazione può assimilarsi a quello di un centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati »¹⁰².

L'impostazione è simile a quella adottata da quella parte della giurisprudenza statunitense che assimila la figura del service provider a quella del mero distributore (o libraio).

La pronuncia in questione merita quindi di essere ricordata per aver affermato l'irresponsabilità dell'isp nel caso in cui si limiti a mettere a dispo-

zione » in *Internet*, in questa *Rivista*, 1998, 377. Secondo questo autore non si vede come questa clausola possa essere invocata nel caso in cui la responsabilità solidale fosse generata dalla correttezza nell'illecito penale (diffamazione).

¹⁰⁰ È stato infatti osservato (COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e « pubblicazione » in Internet*, in questa *Rivista*, 1998, 373) che il riferimento al diritto di cronaca non possa che essere interpretato nel senso indicato nel testo, visto che il diritto di cronaca coincide generalmente con il diritto di diffondere informazioni a mezzo stampa e quindi attiene principalmente all'attività giornalistica; in questo senso risulterebbero molto esplicite le previsioni di alcuni articoli della l. n. 675 del 1996 le quali circoscrivono

« nei limiti del diritto di cronaca » le esenzioni dagli adempimenti connessi con il trattamento dei dati personali quando l'autore del trattamento sia un giornalista (artt. 20, I comma, lett. d), 25, I comma, e 28, VI comma).

¹⁰¹ Trib. Cuneo (ord.), 23 giugno 1997, in *Giur. piem.*, 1997, 493; la decisione è leggibile per esteso anche in appendice al volume *I problemi giuridici di Internet* (a cura di E. Tosi), Milano, 1999, 452. Secondo BERGONZI PERRONE, *La registrazione dei periodici on line. Una questione di interpretazione estensiva di un atto dovuto*, *www.interlex.com* tale pronuncia conterrebbe l'affermazione della più volte citata equiparazione.

¹⁰² Così testualmente l'ordinanza del tribunale di Cuneo.

sizione lo spazio virtuale nel quale i contenuti vengono poi immessi dagli utenti.

A ben vedere, anche altre pronunce hanno confermato l'assimilazione tra sito web ed organo di stampa ma non al fine di addossare sul provider obblighi di sorveglianza e di monitoraggio particolarmente penetranti sui contenuti dei siti quanto piuttosto a quello di verificare la sussistenza degli adempimenti di legge previsti per l'editoria cartacea¹⁰³.

La questione non è però di poco conto.

L'affermazione che un sito della rete costituisca un organo di stampa significa, in caso di accertamento anche in linea astratta del reato di diffamazione a mezzo stampa, l'applicazione nei confronti del responsabile editoriale (il gestore del sito) di conseguenze civili che costituiscono una sorta di responsabilità oggettiva (artt. 11 e 12 l. n. 47 del 1948 — legge sulla stampa — e dal combinato degli artt. 57 e 185 c.p.).

Al contrario, la mancata estensione del regime della stampa alle comunicazioni diffuse a mezzo Internet impone di verificare in concreto se al service provider possa essere imputata una condotta colposa, senza che questa possa essere presunta per omissione di un controllo al quale il provider non è obbligato e che tecnicamente non è in grado di svolgere.

Contro l'applicabilità della legge sulla stampa alle comunicazioni a mezzo Internet, che sembrerebbe la normale conseguenza dell'orientamento giurisprudenziale che equipara il sito web ad un organo di stampa, si è schierata autorevole dottrina adducendo sia argomentazioni di carattere letterale ed esegetico che considerazioni di politica del diritto¹⁰⁴.

Il contrasto tra la citata posizione dominante della giurisprudenza e la dottrina si è acuita a seguito del decreto del novembre 1997 con il quale il tribunale di Roma¹⁰⁵ ha stabilito che « un periodico telematico può beneficiare della tutela rappresentata dalla registrazione, in quanto possiede sia il requisito ontologico, sia quello finalistico relativo alla diffusione delle notizie, pur con una tecnica di diffusione diversa dalla stampa ».

La decisione è stata motivata in tal senso facendo riferimento sia all'interpretazione evolutiva fornita di recente dalla Cassazione al concetto di periodico sia, soprattutto, alla nota del Ministero di Grazia e Giustizia¹⁰⁶ da cui si evince che i « giornali telematici », oltre ad essere soggetti all'obbligo della registrazione di cui all'art. 5 della legge sulla stampa, devono anche essere diretti esclusivamente da un giornalista iscritto all'albo (professionista o pubblicitista).

Entrambi i riferimenti contenuti nella motivazione (l'orientamento della S.C. e la nota ministeriale) sono stati però contestati in dottrina in quanto, ad una lettura più attenta, non sarebbero da interpretare nel senso espresso dal tribunale romano¹⁰⁷.

¹⁰³ Al riguardo si veda Trib. Bari (ord.), 11 giugno 1998, secondo il quale « un sito Internet si configura come un peculiare giornale telematico »;

¹⁰⁴ Decisamente contrari all'estensione della legge sulla stampa alla telematica sono ZENO-ZENCOVICH (*Alla telematica non si applica la legge sulla stampa*), in questa *Rivista*, 1998, 15 ss.) e COSTANZO, *opp. cit.*

¹⁰⁵ Trib. Roma (decr.), 6 novembre 1997 in questa *Rivista*, 1998, 75.

¹⁰⁶ Si tratta della nota del Ministero di Grazia e Giustizia - Direzione generale degli Affari Civili e delle Libere Professioni - ufficio VII - Prot. N. 7/38002/8094 del 26 ottobre 1995.

¹⁰⁷ Per tali considerazioni si veda ZENO-ZENCOVICH, *Alla telematica non si appli-*

La già menzionata pronuncia con la quale il Tribunale di Cuneo aveva esonerato il provider da ogni responsabilità per il caso in cui si fosse limitato a veicolare mediante il sito da lui gestito il materiale immesso da altri soggetti è rimasta però isolata.

Ancora nel 1998 si registrava infatti un provvedimento, questa volta reso nell'ambito di un procedimento penale¹⁰⁸, che considerava responsabili gli Isp per i contenuti illeciti immessi dagli utenti.

Nel provvedimento non soltanto veniva ribadita la responsabilità del provider per aver consentito la diffusione dei messaggi diffamatori ma si ordinava anche il sequestro di « tutte le attrezzature utilizzate per diffondere tali messaggi ».

Questa decisione, che ha suscitato numerose polemiche ed aspre critiche¹⁰⁹, rappresenta l'ultima pronuncia edita che afferma *sic et simpliciter* la responsabilità del provider per un illecito altrui.

Le critiche a tale decisione sono state tali che è stata salutata come « storica »¹¹⁰ la pronuncia di pochi giorni successiva del tribunale di Roma¹¹¹, con la quale veniva questa volta sancito in maniera inequivocabile il principio secondo cui il provider che si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale del sito non ha alcun potere di controllo e di vigilanza sui contenuti immessi e pertanto non è legittimato passivo di richieste da parte del soggetto che si ritiene danneggiato dai contenuti (il che significa che non è responsabile)¹¹².

Il caso riguardava il contenuto diffamatorio di una serie di messaggi inviati ad un newsgroup. Il soggetto che riteneva di aver subito da tali messaggi lesione del proprio onore, decoro e reputazione (nella specie trattavasi di istituto bancario) aveva richiesto un provvedimento d'urgenza avente ad oggetto la rimozione dal sito delle espressioni lesive, la pubblicazione sul medesimo di una rettifica, rimandando poi al giudizio di merito circa la questione del risarcimento del danno derivante dalla lesione dei diritti suddetti.

Il Tribunale di Roma, in motivazione, ha avuto il merito di aver individuato con precisione il ruolo svolto nel caso concreto dal provider convenuto e di aver poi, proprio sulla base dell'accertamento svolto, reso la sua decisione.

Più specificamente il giudice ha rilevato che un utente della rete aveva inviato un messaggio ad un gruppo di discussione (« newsgroup »), ospitato dal server del provider convenuto ed avente quale responsabile (c.d. « webmaster ») una persona fisica; ciò premesso, il tribunale ha fornito una spiegazione circa il funzionamento di dette aree di discussione, chia-

ca la legge sulla stampa, in questa *Rivista*, 1998, 20-21.

¹⁰⁸ Si tratta dell'ordinanza di sequestro emessa in data 1 luglio 1998 dalla Procura della Repubblica presso la Pretura Circondariale di Vicenza nei confronti di un intero sito (« Isole nella rete ») nel quale erano stati inviati messaggi che invitavano a boicottare un'agenzia specializzata in viaggi in Turchia.

¹⁰⁹ Si veda in senso critico DI CIOMMO, *op. cit.* e GATTEI, *op. cit.*

¹¹⁰ L'aggettivo è utilizzato da GATTEI, *loc. ult. cit.*

¹¹¹ Trib. Roma (ord.), 4 luglio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 307 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 9, I, 402 e in *Arch. civ.*, 2000, 1252.

¹¹² La dottrina tende a considerare questa pronuncia come la prima ad aver affermato l'esclusione di ogni obbligo di controllo da parte dei service provider sui contenuti e la conseguente loro irresponsabilità per gli illeciti commessi dagli

rendo che esse consistono « in una sorta di bacheca elettronica, dove gli utenti che agiscono tramite elaboratori elettronici possono leggere i messaggi apposti da altri utenti e aggiungere i propri contributi » e che « l'accesso ai newsgroups è reso possibile dal c.d. news-server, che potrebbe essere definito come un computer, collocato al centro della rete, che ospita le suddette aree di discussione e da cui i singoli utenti possono accedere avvalendosi dei programmi *client* di collegamento (ad es. Netscape) installati sui propri terminali ».

Così chiarito il meccanismo di operatività delle aree di discussione e le modalità attraverso le quali i messaggi vengono in esse immessi il giudice ha conseguentemente affermato che il news server non è titolare di un sito, cioè di uno spazio nella rete, ma più semplicemente mette a disposizione degli utenti Internet uno spazio « virtuale » deputato ad ospitare i messaggi di coloro che vogliano contribuire alla discussione su specifiche tematiche.

La pronuncia si segnala per la chiarezza con cui afferma che allorché il provider riveste un ruolo meramente tecnico, finalizzato all'accesso ad una area di discussione, non può essere considerato responsabile per gli eventuali illeciti perpetrati tramite lo spazio da lui fornito. E ciò perché, in tali casi, egli non ha non solo alcun obbligo ma piuttosto non ha alcun « potere di controllo e di vigilanza sugli interventi che vengono inseriti » (nel newsgroup).

La pronuncia accenna anche alla circostanza che, nel caso di specie, il newsgroup fosse « non moderato », vale a dire privo di un soggetto deputato ad analizzare i messaggi in arrivo ed anche a cancellarli se non in linea per forma o contenuti con i requisiti essenziali dell'area di discussione e che tale circostanza non possa che confermare l'esonero da ogni potere di controllo.

Ebbene, prescindendo dalla legittimità dell'attribuzione di poteri *lato sensu* « censori » a detti moderatori¹¹³, deve essere rilevato che l'accento alla figura del moderatore inserisce una nota di ambiguità in una decisione per il resto abbastanza chiara.

Viene infatti da chiedersi cosa accada qualora l'area di discussione sia moderata¹¹⁴.

Ciononostante la decisione possiede una rilevanza che travalica il caso concreto.

utenti-autori dei messaggi lesivi ma, ad avviso di chi scrive, tali principi erano affermati, seppur con formula lievemente diversa, già in Trib. Cuneo, cit.

¹¹³ Deve infatti ritenersi che il conferimento ai provider di dette facoltà non possa che trovare fondamento in un provvedimento, al momento inesistente, di natura legislativa. Diversamente, infatti, ogni intervento censorio dell'operatore telematico rischierebbe di innescare reazioni dei creatori di contenuti che ritenessero di essere stati lesi nel loro diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero.

¹¹⁴ A ben vedere nel caso in questione

era presente anche un webmaster, persona fisica pure convenuta in giudizio, la cui legittimazione passiva è stata però esclusa, con conseguente eliminazione di ogni indagine sulla sua concreta attività di moderatore, sulla base del fatto che egli era stato chiamato a rispondere in proprio di attività svolte nella qualità di organo della persona giuridica-provider. La perplessità circa questo riferimento ambiguo al carattere moderato o no del newsgroup è condivisa anche da COSTANZO, *I newsgroups al vaglio dell'autorità giudiziaria (ancora a proposito della responsabilità degli attori d'Internet)*, in questa *Rivista*, 1998, 814

È stato infatti ritenuto che la *ratio* che sorregge l'enunciazione di principio posta a fondamento della decisione (l'assenza di potere di controllo) sia applicabile a tutti gli operatori che si potrebbero definire « neutri » rispetto ai contenuti veicolati in rete, quali ad esempio il gestore della rete telecomunicativa, ma anche il provider e appunto il fornitore di servizi ulteriori rispetto all'accesso, ogni volta che la loro attività si esaurisca nel consentire lo svolgimento dal punto di vista tecnico di attività diverse dalla creazione di contenuti¹¹⁵.

Così affermato dalla giurisprudenza in modo tendenzialmente assoluto l'esonero da responsabilità del mero gestore del sito¹¹⁶ viene però da chiedersi se non sia opportuno esaminare la possibilità che i soggetti che abbiamo definito « neutri » incorrano, in circostanze ed a condizioni determinate, in ipotesi di responsabilità connesse al loro rapporto di vicinanza sia con la rete ed i suoi contenuti sia con gli utenti¹¹⁷.

La questione non è affatto teorica!

Una recente ordinanza del tribunale di Roma¹¹⁸, dopo aver confermato il principio secondo cui il provider non è tenuto ad accertarsi dell'eventuale contenuto illecito delle comunicazioni trasmesse su un sito da lui realizzato su incarico dell'utente, ha però precisato che non « può escludersi la sua colpa se le comunicazioni necessariamente date allo stesso provider al fine di ottenere il collegamento configurino esse stesse all'evidenza un illecito ».

L'esonero da responsabilità per omesso controllo viene quindi precisato: se dalle circostanze nelle quali si è concretizzato il rapporto tra operatore neutro e utente fornitore di contenuto risulta palese (« all'evidenza ») che quest'ultimo intende utilizzare il sito per la commissione di un illecito la responsabilità del provider deve essere affermata a titolo concorsuale.

Il giudice romano motiva la sua soluzione affermando che, argomentando *a contrario*, si dovrebbe ammettere che il provider vada esente da responsabilità concorsuale anche nel caso in cui fornisca i mezzi tecnici « a chi dichiaratamente intenda aprire un sito al fine di effettuare traffico di minori a fini turpi o commercio di sostanze stupefacenti ».

Leggendo tra le righe della scarna motivazione, sembra quindi che il rapporto di « contiguità » creatosi tra provider ed utente nella fase di esecuzione di uno degli obblighi contrattuali, renda il provider corresponsabile dell'altrui illecito quando la commissione di quest'ultimo, alla luce delle informazioni fornite dall'utente al provider si presenti di tutta evidenza.

La decisione fa quindi applicazione dei principi generali sul concorso nell'illecito altrui (art. 2055 c.c.), in base ai quali il provider risponde se

e da CASSANO e CARAPELLA, *Il danno da informazione a mezzo reti telematiche*, in *Arch. civ.*, 2000, 1254.

¹¹⁵ Il rilievo, senz'altro condivisibile, è di COSTANZO, *loc. ult. cit.* Sul ruolo dei vari operatori di servizi telematici (anche in Internet) si veda in generale COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: internet*, in *Inf. e dir.*, 1997, 2, 35 ss.

¹¹⁶ Non constano infatti ad oggi decisioni che abbiano mutato l'indirizzo di trib. Roma, 4 luglio 1998.

¹¹⁷ Osservazioni analoghe si trovano anche in COSTANZO, *loc. ult. cit.*

¹¹⁸ Trib. Roma (ord.), 22 marzo 1999, in questa *Rivista*, 2000, 66.

con la sua condotta ha dato un apporto causale alla realizzazione dell'illecito, in presenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa.

Nel caso di specie è stato ritenuto il concorso nell'illecito di concorrenza sleale consistente nel non aver rilevato che l'utente aveva richiesto quale *domain name* un acronimo noto (per giunta anche registrato quale marchio) senza essere il soggetto a tal fine autorizzato¹¹⁹.

La questione è nuova per le aule giudiziarie italiane ma è già stata oggetto di dibattito in altri ordinamenti.

Si è infatti già osservato che in genere negli ordinamenti occidentali tende a prevalere l'irresponsabilità del provider in tutti i casi in cui egli non fosse a conoscenza dell'illecito o questo non fosse da lui conoscibile usando la normale diligenza.

Tale atteggiamento è stato già criticato in quanto non è agevole comprendere cosa determini la conoscibilità o meglio riconoscibilità di un illecito.

Il rischio è che un concetto di conoscibilità indeterminato finisca poi per far riemergere surrettiziamente quell'obbligo di controllo e monitoraggio che pare invece debba escludersi.

Sembra comunque difficile attribuire una responsabilità al provider per non essersi reso conto che stava consentendo l'apertura di un sito avente quale nome di dominio un noto acronimo.

Quale doveva essere, nel caso in questione, il livello di notorietà dell'acronimo per poter affermare che l'illecito era conoscibile dal provider secondo l'ordinaria diligenza?

Infatti, se è vero che la diligenza ordinaria è probabilmente in grado, in certe circostanze, di far riconoscere che sul sito potrebbero commettersi reati contro i minori, ben più difficile è imporre al provider una diligenza che gli consenta di percepire, tanto per fare un esempio, una violazione della disciplina della concorrenza o della protezione delle opere dell'ingegno.

3. LINEE DI UNA RESPONSABILITÀ « EUROPEA » DELL'ISP (ANCHE ALLA LUCE DELLA RECENTISSIMA DIRETTIVA 2000/31/CE DELL'8 GIUGNO 2000 RELATIVA A TALUNI ASPETTI GIURIDICI DEI SERVIZI DELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE, IN PARTICOLARE IL COMMERCIO ELETTRONICO, NEL MERCATO INTERNO - « DIRETTIVA SUL COMMERCIO ELETTRONICO »).

La rassegna effettuata nei paragrafi precedenti sulle soluzioni normative (ove presenti) e giurisprudenziali della questione della responsabilità civile del prestatore di servizi di Internet ha fatto emergere un quadro nel quale

¹¹⁹ Nel caso in questione che un soggetto privato aveva ottenuto da un provider l'« apertura » di un sito avente quale *domain name* quello di una primaria impresa assicuratrice italiana. Quest'ultima aveva quindi agito in via d'urgenza nei confronti dell'utente e del provider assumendo la sussistenza di violazione di mar-

chio e di concorrenza sleale per attività confusoria. Su questa pronuncia si vedano anche i rilievi di SAMMARCO, *Assegnazione dei nomi a dominio su Internet, interferenze con il marchio, domain grabbing e responsabilità del provider*, in questa *Rivista*, 2000, 67.

l'unico aspetto sul quale si raggiungono esiti uniformi non assume valore risolutivo.

Il riferimento è all'affermazione di principio, contenuta in tutti gli ordinamenti esaminati, circa l'assenza di un obbligo di controllo dell'Isp sui contenuti immessi sui siti ospitati.

Da tale affermazione non scaturisce però l'opzione per l'assoluta irresponsabilità del provider per le violazioni commesse dagli utenti del suo server.

Si va infatti dall'impostazione tedesca¹²⁰, cristallizzata nell'intervento normativo del 1997 che prevede una responsabilità per il provider che non abbia avuto conoscenza dei contenuti illeciti e non li abbia rimossi a quella, sostanzialmente analoga, del sistema inglese costruita applicando all'Internet provider le regole apprestate dall'Uk Copyright Act per altre forme comunicative¹²¹.

Di carattere sostanzialmente simile è anche l'impostazione italiana, non tanto per la fase successiva alla commissione dell'illecito (visto che nel panorama giurisprudenziale del nostro paese non sono ad oggi emerse indicazioni circa la sussistenza di obblighi di rimozione del « presunto » materiale illecito da parte del provider), quanto per l'affermazione di concorso *ex art. 2055 c.c.* allorché l'illecito posto in essere dall'utente che si rivolge al provider per ottenerne i servizi appaia « di tutta evidenza »¹²².

Nell'esperienza giurisprudenziale francese, l'assenza di un obbligo di controllo non esonera però il provider dall'adempimento della più generale obbligazione di diligenza la quale assume, nell'impostazione giurisprudenziale più recente, un contenuto piuttosto penetrante.

La riflessione che ne consegue è che, come accade per tutte le attività di notevole rilevanza economica e di potenziale dannosità, si sia in presenza di una questione di *policy*.

L'affermazione di un obbligo di monitoraggio sul sito o quella di una responsabilità a prescindere dalla sussistenza di detto obbligo rischiano di costituire una remora troppo grande all'attività dei soggetti che forniscono l'accesso ai servizi della società dell'informazione, riducendo conseguentemente i vantaggi economici che l'interconnessione generalizzata comporta per tutti i fornitori di beni e servizi tramite Internet (vale a dire, sostanzialmente, per gli imprenditori interessati allo sviluppo dell'e-commerce).

D'altro canto, l'affermazione di una assoluta irresponsabilità dei provider si porrebbe in contrasto con le più moderne istanze di sicurezza sociale, risultando pertanto inaccettabile.

La questione della responsabilità degli Internet provider attendeva quindi un intervento comunitario che garantisse armonizzazione nella disciplina e, conseguentemente, favorisse la libera fruibilità dei servizi della società dell'informazione all'interno dello spazio europeo (d'altronde non poteva essere altrimenti, vista la connaturata vocazione transnazionale degli illeciti commessi attraverso la rete).

¹²⁰ Per la quale si veda il paragrafo 2.3.

¹²¹ Su cui si veda il paragrafo 2.2.

¹²² Su cui vedi paragrafo 3.

L'atteso intervento si poneva come uno dei test più ardui ed interessanti nel percorso verso un diritto europeo della responsabilità civile¹²³.

All'esito di una laboriosa gestazione iniziata con la proposta del 18 novembre 1998 è stata emanata la recentissima direttiva 2000/31/CE (relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico).

La direttiva dedica una intera sezione alla materia della « responsabilità dei prestatori intermediari » (artt. 12-15) tra i quali devono appunto annoverarsi gli isp (anzi potrebbe dirsi che essi coincidono con i prestatori intermediari di cui al testo comunitario).

L'opzione del legislatore comunitario prende atto del principio affermato presso tutti gli ordinamenti occidentali circa l'assenza di un obbligo di sorveglianza da parte dei provider (art. 15) e specifica inoltre che sul provider non grava alcun obbligo attivo di ricercare fatti o circostanze indicativi della presenza di attività illecite (ancora art. 15), in tal modo disattendendo l'indirizzo formulato dalla più recente giurisprudenza francese la quale, come visto, individua tra i contenuti della diligenza, anche quello di vigilare « attivamente » sul contenuto dei siti ospitati¹²⁴.

A questa affermazione non consegue però una assoluta irresponsabilità del provider in quanto questi, per andare esente da responsabilità, non deve in alcun modo intervenire sull'informazione veicolata, ad esempio modificandola oppure selezionando il destinatario della stessa.

Per ottenere quindi l'esonero da responsabilità il provider deve pertanto limitarsi al ruolo di trasmettitore tecnico pur nelle diversità delle operazioni in concreto effettuabili (dal semplice trasporto — *mere conduit* — art. 12, al c.d. *caching* — art. 13, all'attività di *hosting* — art. 14) e, qualora nel corso di tali operazioni venga al corrente di illeciti, attivarsi per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime.

L'impressione che se ne ricava è però quella di un intervento che, lungi dall'aver composto le divergenze presenti tra i vari paesi europei e dettato criteri risolutivi cui ispirarsi, non aggiunge molto a quanto era già emerso nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale in materia e non riesce a risolverne i punti nodali.

La direttiva rinvia infatti agli ordinamenti interni degli stati membri sia la scelta circa i criteri in base ai quali valutare la condotta del provider nell'individuazione dei materiali illeciti eventualmente presenti sui propri server sia quella relativa alle modalità di attuazione dei poteri per così dire « censori » dei provider medesimi (rimozione delle informazioni illecite di cui siano venuti a conoscenza direttamente o di cui siano stati informati)¹²⁵.

¹²³ Sulla costruzione di una responsabilità civile europea nella quale si delineano regole ad hoc che riducono sempre più l'ambito di operatività delle regole generali si veda ALPA, *Nuove figure di responsabilità civile di derivazione comunitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 5 ss.

¹²⁴ Si veda infatti Trib. Nanterre (in questa *Rivista*, cit.) secondo cui la diligenza del provider si specifica in un obbligo di sorveglianza che, pur non dovendo essere

minuziosa, comprende però quei controlli che risultano tecnicamente agevoli.

¹²⁵ Ciò risulta anche dal corsivo n. 40) il quale sembra prendere atto che la questione non può che restare *in fieri*, laddove viene affermato che « in taluni casi i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali e che la direttiva dovrebbe costituire la base per l'elaborazione di sistemi rapidi ed affidabili di rimozione delle informazioni illecite e pure dal corsivo n. 46), dove si stabili-

Non vi è dubbio che il nodo relativo al fondamento giuridico del poterdovere dei provider di rimuovere i contenuti « ritenuti » illeciti sia arduo da sciogliere vista l'esigenza di bilanciare diritti antagonisti che presso tutti gli ordinamenti europei godono di copertura costituzionale o ad essa assimilabile, ma il rinvio ai legislatori nazionali rischia di risolversi, in concreto, in un proseguimento della supplenza da parte della giurisprudenza. La direttiva non prende poi in considerazione la questione delle metodologie di superamento dell'anonimato in rete dei creatori di contenuti che pure, consentendo una rapida identificazione dell'autore dell'immissione illecita, potrebbero costituire un efficace meccanismo di autoresponsabilità.

Il risultato è che la materia della responsabilità del provider, che può proporsi quale interessante laboratorio per la costruzione di un diritto europeo della responsabilità civile, rischi di restare terreno di disarmonia e di porre il provider che non voglia incorrere in rischi economici ingenti di fronte alla necessità di selezionare i propri utenti, non solo sulla base delle condizioni economiche ma anche, e soprattutto, sulla base della « sicurezza » del materiale ospitato¹²⁶.

La sensazione è che gli interessi in gioco siano in tale contrapposizione da rendere difficoltosa l'adozione di standard valutativi (soprattutto se finalizzati ad una canalizzazione per così dire « oggettiva » della responsabilità del provider) e che l'approccio più opportuno possa essere quello c.d. « *case by case* », l'unico in grado di adattarsi alla molteplicità di situazioni prospettabili sulla rete¹²⁷.

Se è vero che la materia dell'Internet, per sua natura, postula che la posizione delle regole proceda dal livello internazionale, a quello comunitario, a quello interno¹²⁸, nella materia della responsabilità extracontrattuale del provider pare che per il momento debba procedersi in senso inverso.

see che la rimozione delle informazioni deve essere effettuata nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure allo scopo previste in ambito nazionale.

¹²⁶ In tal senso si veda in dottrina RICCIO, *op. cit.*, 941.

¹²⁷ Così DI CIOMMO, *cit.*, 765.

¹²⁸ Così ALPA, *Cyber law. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 385 e ss.