

**CORTE EUROPEA
DIRITTI DELL'UOMO
10 OTTOBRE 2013
RIC. 54659/09**

PRESIDENTE: BERRO LEFEVRE

PARTI: DELFI AS
ESTONIA

Diritti della personalità

- **Lesione della reputazione causata dalla pubblicazione di commenti offensivi, da parte dei lettori, su portale Internet**
- **Attribuzione di responsabilità al provider. Violazione dell'art. 10 della Convenzione**
- **Non sussiste**

In caso di commenti diffamatori postati dai lettori su un portale di

notizie, l'attribuzione della responsabilità al provider rappresenta una restrizione giustificata e proporzionata al diritto di libertà di espressione del medesimo, tenuto conto di vari elementi quali la natura offensiva dei commenti, il fatto che il portale sia gestito professionalmente e con fini di lucro, l'insufficienza delle misure prese dal provider per evitare danni alla reputazione di terzi e per assicurare una possibilità effettiva che gli autori dei commenti possano esser ritenuti responsabili, l'importo contenuto della sanzione.

**LIBERTÀ DI ESPRESSIONE
E DIRITTO ALL'ONORE IN
INTERNET SECONDO LA
SENTENZA DELFI AS
CONTRO ESTONIA**

1. LA VICENDA PROCESSUALE.

Con la decisione qui commentata, resa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, è stata ritenuta non lesiva dell'art. 10 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo — che, come noto, tutela la libertà di espressione — la condanna del gestore di un periodico telematico al risarcimento dei

danni all'onore e alla reputazione, in favore della persona offesa, originatisi dai commenti dei visitatori del sito in questione ¹.

La vicenda processuale traeva origine da un'azione di risarcimento danni intentata da una compagnia di trasporti estone (la Saaremaa) nei confronti della società Delfi AS, titolare dell'omonimo portale informativo. La società attrice, al riguardo, lamentava la presenza, sul predetto sito, di contenuti offensivi nei confronti del proprio azionista unico che erano stati pubblicati dai visitatori del portale in risposta ad un articolo ivi presente, relativo ai presunti pregiudizi arrecati dall'attività della Saaremaa alle strade ghiacciate che collegano l'Estonia alle isole.

La società Delfi AS, condannata dai Giudici Estoni al risarcimento dei danni per le condotte ascrivibili ai propri utenti, ricorreva, quindi, alla Corte di Strasburgo, lamentando che ciò costituisse un'ingiustificata lesione della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU, nonché una palese violazione dell'art. 15 della Direttiva 2000/31/EC (in base al

* Il testo integrale della decisione, CEDU 10 ottobre 2013 è pubblicato in questa Rivista, 2014, p. 43 ss., con nota di F. VECCHIO.

¹ Per un primo commento alla sentenza, V. l'ampia analisi di VECCHIO F., *Li-*

bertà di espressione e diritto all'onore in internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in questa Rivista, 2014, pp. 43 ss., anche in relazione ai riferimenti ivi contenuti.

quale l'*hosting provider* non avrebbe alcuna obbligazione di attivarsi per ricercare materiale illecito).

Tuttavia, con la sentenza qui commentata, in primo luogo, la Corte adita ha riaffermato il noto principio secondo cui ad essa non competerebbe il sindacato sulla conformità di leggi e/o provvedimenti nazionali con il diritto comunitario, bensì unicamente la verifica del rispetto delle prescrizioni della Convenzione Europea dei diritti umani. Per cui, la lamentata violazione della Direttiva 2000/31/EC sollevata dalla società attrice non poteva trovare accoglimento in tale sede ².

In secondo luogo, la Corte ha evidenziato come, nel caso di specie, pur riconoscendosi un'"interferenza" con la libertà di espressione del pensiero ex art. 10 CEDU, non poteva ravvisarsi alcuna violazione della Convenzione.

Sostanzialmente, la Corte ha riconosciuto che la suddetta restrizione, animata dal fine legittimo della tutela dell'onore e della reputazione dei terzi, risultava, in effetti, "*necessaria in una società democratica*" ³.

Come si può, infatti, ben evincere dalla lettura della motivazione della sentenza, è stato attribuito un peso decisivo al fatto che i commenti fossero stati pubblicati in calce ad un articolo di rilevante interesse pubblico, per cui l'editore — considerato che l'attività della Saaremaa aveva penalizzato un numero molto ampio di cittadini — avrebbe dovuto adottare particolari cautele.

Nello specifico, le misure adottate dalla società ricorrente, quali la dichiarazione di esenzione di responsabilità per i commenti degli utenti (cd. *disclaimer*), il filtro automatico per la cancellazione dei commenti volgari, nonché la procedura di segnalazione e rimozione (*notice and take-down*) non erano state ritenute sufficienti ad evitare il pericolo di lesioni della reputazione dei terzi.

Infine, veniva posto l'accento sul fatto che la pubblicazione dei commenti provenienti dai visitatori del sito era parte integrante dell'attività professionale di Delfi AS, incidendo cioè, sia sul numero dei fruitori del portale, sia sugli introiti pubblicitari.

2. LA RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER PER GLI USER GENERATED CONTENT TRA HOSTING "PASSIVO" E "ATTIVO".

La pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, qui esaminata, evidenzia, l'improcrastinabile esigenza di addivenire ad un quadro normativo certo in merito alla responsabilità per i contenuti generati dagli

² SAMMARCO P., *Libertà di espressione, comunicazione pubblicitaria e loro restrizioni nella giurisprudenza comunitaria*, Nota a Corte di Giustizia CE 2 Aprile 2009, N. C421/07, in questa *Rivista*, 3/2009, p. 482, evidenzia come la Corte non abbia il compito di sostituirsi alle giurisdizioni interne, ma solamente quello di verificare se le pronunce dei giudici nazionali siano conformi o meno al dettato della Convenzione.

³ BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *op. cit.*, p. 342, i quali chiariscono che la suddetta "necessità" presupporrebbe la sussistenza di un bisogno sociale preminente. Secondo gli AA., non sarebbe sufficiente che la limitazione sia riconducibile ad uno dei motivi esplicitati dalla norma, bensì occorrerebbe, altresì, che risponda ad una "*esigenza effettiva in quel particolare contesto sociale, in quel determinato momento storico*".

utenti e, segnatamente, per i commenti postati da questi ultimi⁴. La dottrina non ha mancato di sottolineare come, negli ultimi anni, la rete Internet abbia subito un'ulteriore evoluzione, concretandosi finalmente quel *“passaggio da una comunicazione autoritaria, dall'alto in basso, ad una nuova organizzazione in cui la comunicazione corre lungo canali trasversali o orizzontali, piuttosto che verticali”*⁵. Può, inoltre, concordarsi con chi ritiene che il World Wide Web sia, ormai, caratterizzato da entità dinamiche in cui è fortemente incentivata la partecipazione attiva degli utenti che ne definiscono contenuti e finalità e che abbia, di fatto, assunto il ruolo di mezzo di condivisione economico, istantaneo e globale⁶.

Di conseguenza, ne è risultato accresciuto sia il ruolo, sia l'importanza — anche economica — degli *User Generated Content*, in considerazione del fatto che la maggior parte dei principali *content provider* hanno provveduto ad adeguare le proprie piattaforme al fine di consentire la partecipazione “attiva” degli utenti⁷. È stato, infatti, rilevato come la rete sia popolata da un numero sempre maggiore di intermediari che incentrano il loro business sulla concessione agli utenti di spazi virtuali “multifunzionali” e sull'offerta dei relativi strumenti di gestione⁸. Si è, addirittura, assistito alla nascita di un vero e proprio mercato, ovvero sia quello dell'aggregazione di contenuti: sono nati degli operatori il cui principale, se non unico obiettivo, è quello di “raccolgere” e “pubblicare” informazioni (quali recensioni, commenti ecc.) provenienti dagli utenti medesimi⁹.

⁴ Sulla rilevanza degli UGC nel quadro della circolazione delle informazioni in rete, V. MATTEI U., *Beni Comuni - Un Manifesto*, Roma, 2011, 90, secondo cui « *Internet è pure luogo di pensiero critico, che si articola nei moltissimi blog che in tutto il mondo offrono riflessioni e pensieri, talvolta intelligenti [...] A questo si aggiungano programmi come YouTube, che da qualche anno consente la messa in rete e la condivisione di ogni sorta di immagine, con conseguenze ancora una volta non indifferenti sulla sfera politica. Filmati amatoriali messi on line hanno più volte smascherato la repressione poliziesca e messo in scacco la disinformazione* ». V., altresì, BONADIO E., *File sharing, copyright and freedom of speech*, in *EIPR*, 2011, 33, 10, 620, riporta che « *there has been recently a push by the United Nation to make internet access a human right [...] such as water, air, healthcare, education* ».

⁵ Così BORGIA F., *Riflessioni sull'accesso a internet come diritto umano*, in *La Comunità Internazionale* 3/2010, p. 399.

⁶ Cfr. BORGIA F., *op. cit.*, p. 401.

⁷ Per un approfondimento sulla nascita, sulla diffusione degli UGC, con particolare riferimento alle ripercussioni sulla tutela del copyright negli Stati Uniti si vedano LATHAM R., BUSTER C., BROWN J., *Legal*

Implications of User Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook, in *Intellectual Property & Technology Law Journal*, 2008, (20), pp. 1 ss.

⁸ Sul punto V. GUIDOBALDI L., *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, p. 281, in cui l'A., evidenzia come tutto ciò abbia portato ad una mutata percezione del ruolo dell'utente. Non più un mero recettore passivo dei contenuti, ma come “*parte attiva degli stessi, inserito all'interno di comunità virtuali di condivisione e partecipazione in cui lo scambio dei dati e delle informazioni è in tutto e per tutto ispirato a una logica paritaria, nella quale tende a diventare egli stesso creatore, selezionatore, commentatore, persino editore del materiale pubblicato*”.

⁹ Cfr. la sentenza della Corte Distrettuale del Tennessee del 22 agosto 2011, pubblicata su <http://www.iusination.com/>, relativa alla pubblicazione di un albergo nella “speciale” classifica degli hotel più “sporchi” del 2011. Nel caso di specie si trattava di determinare se la “classifica” pubblicata da TripAdvisor potesse integrare o meno una “diffamazione” rilevante ai fini civili e

Si pone, quindi, l'esigenza di determinare il regime di responsabilità di questi operatori che, secondo parte della dottrina, ben potrebbero essere ricondotti all'ampio *genus* degli *hosting provider*¹⁰.

Al riguardo, negli Stati Uniti, la questione degli *user generated content* appare suscettibile di ricadere nell'ambito applicativo di due distinte discipline normative.

Nel caso in cui i contenuti caricati dall'utente (es. audiovisivi) comportino la violazione del *copyright* di terzi, troverà applicazione il *Digital Millenium Copyright Act* del 1998¹¹ ("DMCA"). Sulla base di siffatta normativa, il *provider* — che, in linea di massima, non ha alcun obbligo di sorveglianza sui contenuti memorizzati o trasmessi — risponderà unicamente ex Sez. 512(c)¹², nei casi di: a) sussistenza di un beneficio economico diretto¹³; b) conoscenza "attuale" dell'illecito¹⁴; c) successiva "inerzia".

penali. Al riguardo, è stato evidenziato che il primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America e l'art. 1, paragrafo 19 della Costituzione del Tennessee proteggono, altresì, le dichiarazioni riferite ad opinioni personali, ad iperboli ed esagerazioni retoriche. La Corte Suprema e le Corti del Tennessee hanno, tuttavia, chiarito, in più di una occasione, che non tutte le opinioni possono essere protette ai sensi del primo emendamento citato. Ne sono certamente escluse le opinioni non veritiere ed, in ogni caso, quelle basate su visioni distorte della realtà. Peraltro, occorre, altresì, tener conto dell'elemento soggettivo: una determinata dichiarazione (non veritiera o basata su visioni distorte della realtà) potrà essere considerata come "diffamatoria" solo laddove una persona di mera ragionevolezza possa intenderla come "fatto oggettivo" e non come "opinione personale". Sulla scia dei precedenti citati, la Corte distrettuale del Tennessee ha, sostanzialmente, rigettato le pretese attoree, sostenendo che nella vicenda de qua la "classifica" pubblicata dalla convenuta non potesse essere considerata da una persona di media avvedutezza come un "fatto oggettivo", bensì come la mera sintesi delle opinioni personali (protette dal primo emendamento della Costituzione U.S.A.) dei propri utenti registrati.

¹⁰ Così SCANNICCHIO T., *op. cit.*, p. 1213, il quale, dopo aver distinto tra ISP attivi e ISP passivi, ricomprendendo nei primi, i fornitori di contenuti digitali, i *social network* e i motori di ricerca e, nei secondi, i meri intermediari di servizi relativi all'accesso alla rete e all'archiviazione fisica dei dati, ritiene che gli "aggregatori" di contenuti degli utenti siano riconducibili alla seconda categoria, pur dovendosi veri-

ficare caso per caso se siano offerti ulteriori servizi e, segnatamente, se da tali ulteriori servizi possa desumersi un certo grado di consapevolezza in ordine ai contenuti tale da farli "transitare" nella categoria degli ISP attivi.

¹¹ V. il testo aggiornato all'indirizzo internet <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. V. SAMUELSON P., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25, in *Berkeley Tech L. J.* 1, 2, 2010 per un'approfondita disamina sull'argomento.

¹² V. LATHAM P., BROWN T. J., BUTZER C., *op. cit.*, p. 7 per un'analisi approfondita della Sez. 512 (c) del Copyright Act.

¹³ Secondo LATHAM P., BROWN T. J., BUTZER C., *op. cit.*, p. 8, in cui secondo gli AA., in altre parole, per configurare il beneficio economico diretto non sarebbe sufficiente la mera percezione di un corrispettivo da parte dell'ISP. Per integrare suddetto requisito, infatti, dovrebbe dimostrarsi sarebbe necessario che l'accesso ai materiali illeciti sia stata la sola ed unica ragione dell'acquisizione che abbia spinto l'utente ad acquisire dell'accesso ai servizi dell'ISP da parte dell'utente dovrebbe rinvenirsi nella presenza di materiale illecito.

¹⁴ Per quanto attiene alla nozione di "conoscenza attuale", le Corti Americane, ferme nel negare la necessità di un controllo preventivo sui contenuti degli utenti, hanno affermato il principio secondo cui per configurare la responsabilità dell'ISP sarebbe necessaria una conoscenza effettiva e specifica, ottenuta tramite una segnalazione circostanziata dell'utente. V. i recenti casi *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011) e *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011),

Nella differente ipotesi di dichiarazioni dell'utente suscettibili di ledere l'onore e la reputazione di terzi ¹⁵ (commenti, recensioni etc.), troverà, invece applicazione il più favorevole regime previsto dalla Sez. 230 del Communication Decency Act ("CDA"), secondo cui *"nessun fornitore o utente di un servizio informatico interattivo sarà considerato editore o autore di qualsivoglia informazione fornita da un terzo"* ¹⁶. Coerentemente, la giurisprudenza ha, recentemente, affermato il principio secondo cui gli editori di periodici telematici non sono responsabili per i commenti postati dagli utenti ¹⁷ e tale principio è esteso anche a *provider* quali Facebook, Google e LexisNexis ¹⁸.

Nel sistema comunitario, invece, alla luce della disciplina prevista dalla Direttiva 2000/31/EC (applicabile a tutte le ipotesi di contenuti illeciti di terzi), il *provider* dovrebbe rispondere dei contenuti di terzi, secondo le regole ordinarie ¹⁹, solo in caso di: a) conoscenza della illiceità di tali contenuti ²⁰; b) successiva inerzia ²¹.

dove si è, sostanzialmente, chiarito che il *provider* che ospiti video musicali, senza essere titolare di un'espressa licenza in tal senso, non può, per ciò, solo, essere considerato a conoscenza della memorizzazione di contenuti illeciti.

¹⁵ Rilevano LATHAM R. P., BROWN J. T., BUTZER C.C., *op. cit.*, p. 12, che l'immunità ex sez. 230 CDA è stata estesa anche a violazioni contrattuali, lesione della privacy, etc. Di fatto, alcune pronunce di Corti Federali, (ex plurimis Perfect 10 II, 488 F.3d at 1118 (citing Almeida v. Amazon.com, Inc., 456 F.3d 1316, 1321 (11th Cir. 2006) (quoting Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327, 331 (4th Cir. 1997); see also Carafano v. Metrosplash.com, Inc., 339 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. 2003) (citing Batzel v. Smith, 333 F.3d 1018, 1026-27 (9th Cir. 2003)) hanno ritenuto l'immunità in esame come applicabile a qualsivoglia azione risarcitoria intentata nei confronti di un service provider per le informazioni provenienti da terze parti. Non mancano, tuttavia, autorevoli voci contrarie. Ad esempio, in *Ninth Circuit, Fair Housing Council of San Francisco Valley v. Roommates.com* 489 F.3d 921, 926 (9th Cir. 2007), si è ritenuta inapplicabile l'esenzione di responsabilità de qua a un servizio di ricerca di compagni di stanza per le risposte generate dagli utenti in relazione al questionario predisposti dalla convenuta. La *ratio* della decisione si colloca nella discutibile qualificazione della convenuta come "content provider", attesa la unilaterale predisposizione del questionario, implicando ciò, secondo il Giudice adito, una responsabilità diretta anche per le risposte fornite dagli utenti.

¹⁶ Cfr. 47 USC § 230(c) 1. Per un commento approfondito della cit. previsione normativa V. FERRERA et. Al, *Cyber-Law Text&Cases*, Mason, 2011, p. 354.

¹⁷ Cfr., *Spreadbury v. Bitterroot Pub. Library*, No. CV 11-64-M-DWM-JCL, 2012 WL 734163, *1-2 (D. Mont. Mar. 6, 2012); nonché *Delle v. Worcester Telegram & Gazette Corp.*, No. 110810, 2011 WL 7090709, at *4 (Mass. Super. Ct. Sept. 14, 2011).

¹⁸ Cfr. *Gaston v. Facebook, Inc.*, No. 3:12-cv-0063-ST, 2012 WL 629868, at *7 (D. Or. Feb. 2, 2012), nonché sullo stesso tema *Black v. Google, Inc.*, 457 F. App'x 622 (9th Cir. 2011).

¹⁹ Ove non applicabili le cause di esenzione dalla responsabilità, il provider dovrebbe rispondere secondo gli ordinari criteri della responsabilità aquiliana. Al riguardo, V. TESCOLO M., *op. cit.*, p. 174 e MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 202, che parla di un "content provider che, in quanto tale, non può darsi neutrale rispetto all'attività da lui svolta in rete, anche se in concorso con il destinatario del servizio". Per una tesi minoritaria volta a configurare una responsabilità ex art. 2049 c.c., V. MANNA, *op. cit.*, p. 207 per i relativi riferimenti bibliografici.

²⁰ Secondo ROSATI E., SARTOR G., *op. cit.*, p. 13, dovrebbe escludersi la responsabilità del provider in presenza di contenuti possibilmente ma non necessariamente illeciti (ad es., messaggi potenzialmente diffamatori), poiché, in questi casi, si richiederebbero al provider valutazioni giuridiche non automatizzabili e incerte per un soggetto non avvezzo a questioni giuridiche.

²¹ Si segnala che in sede di attuazione, il legislatore delegato nazionale, ha ulterior-

Nel caso oggetto della Sentenza qui commentata, i Tribunali Estoni, avevano, tuttavia, escluso, come detto, l'applicabilità di siffatto regime di esenzione, alla società convenuta di fatto, considerata come la reale

mente circoscritto la responsabilità del provider, limitandola alla mancata azione a fronte di una formale comunicazione delle autorità competenti. Cfr. BELLIA M., BELLOMO G. A. M., MAZZONCINI M., *op. cit.*, p. 349, i quali affermano che la legge italiana restringerebbe l'obbligo di attivazione in capo al service provider, in quanto la comunicazione necessaria per il sorgere della suddetta obbligazione dovrebbe avvenire dall'autorità, non risultando, al contrario, sufficiente quella proveniente dal singolo soggetto. Sempre sul tema TROIANO O., *L'impresa di content, host ed access providing*, in *ADDA*, 2007, 355 e ss., ha sostenuto che la norma nazionale dovrebbe essere disapplicata, proprio in ragione della suddetta difformità rispetto alla previsione comunitaria. Invece CASSANO G., e CIMINO I., *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, in *Contratti*, 2004, pp. 88 ss., sostengono che la responsabilità del provider sorgerebbe, in ogni caso, dal momento della conoscenza effettiva dell'illecito. Di conseguenza, da una "segnalazione" ricevuta dall'utente, ipotesi tutt'altro che pacifica, deriverebbe, per il provider, unicamente un obbligo di "informazione" nei confronti delle autorità competenti. Sul tema, in alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza di merito (Tribunale di Roma 16 dicembre 2009, pubblicata in *Foro. It.*, 6, pp. 1323 ss., e è giunta ad affermare la piena consapevolezza da parte del provider della illecità dei contenuti degli utenti, sulla base della semplice ricezione di diffide stragiudiziali talvolta anche generiche. Sul punto v. diffusamente, Trib. Milano 20 gennaio 2011, cit., in cui si era ritenuto che le indicazioni fornite dalla ricorrente, ancorché prive degli URL erano comunque idonee a mettere la convenuta al corrente dell'illiceità dei contenuti, in quanto "la mancata specifica individuazione dei filmati contestati non risultava elemento atto ad impedire alla convenuta ogni dovuta attività di verifica e controllo. La posizione è condivisa dalle decisioni di Trib. Roma, 16 dicembre 2009 cit. e Trib. Roma, 11 febbraio 2010, cit. e da Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit. Tuttavia, di contrario avviso Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *Dejure.*, ove si è affermato che sarebbe stato onere dell'attrice "fornire l'indicazione dell'indirizzo internet (URL) in cui è disponibile il filmato contestato". Conforme, altresì, Trib. Roma, 20 ottobre 2011, disponibile su

<http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2011/11/Ordinanza-Choopa.pdf>, nel caso "RTI/Choopa", secondo cui "la ricezione di una diffida contenente i titoli delle trasmissioni da cui sono stati tratti i contenuti in violazione non è idonea a mettere il provider a conoscenza dell'esistenza di specifici contenuti in violazione. Senza un'indicazione precisa della pagina web relativa ai contenuti illeciti, continua l'A., l'hosting non può ritenersi effettivamente al corrente delle migliaia di contenuti degli utenti memorizzati. Sul punto, tuttavia, si è, di recente, pronunciata la Corte di Giustizia (CGUE, 12 luglio 2011, L'Oréal e Altri v eBay, cit., par. 122), invitando i Giudici nazionali a verificare, in concreto, l'idoneità della diffida a rendere edotto il provider della presenza sul proprio sito di specifici contenuti illeciti. La Corte ha, infatti, affermato che: "pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonerazione dalla responsabilità [...] — stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate — [la diffida] costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità. Per un'analisi della nozione di "operatore diligente", V. Rossi G., *op. cit.*, p. 73, secondo cui, in particolare, con il richiamo al concetto di "operatore diligente" quale modello a cui ispirarsi per valutare in un'ultima istanza la sussistenza o meno di una qualche responsabilità del provider d'aste per le transazioni illecite che si svolgono nel proprio e-marketplace, la Corte stringe ulteriormente le maglie delle possibili scappatoie a cui il gestore del servizio potrebbe ricorrere, e a cui finora è sostanzialmente ricorso, per sostenere la propria estraneità ad ogni fatto illecito ivi consumato. In dottrina, D'ARRIGO R., *op. cit.*, p. 39, ha preso in considerazione una impostazione che pretendeva di configurare una responsabilità per colpa professionale in capo al provider che non si fosse avveduto della presenza di elementi idonei a rivelare la presenza di materiale illecito, con ciò contravvenendo alla diligenza professionale richiesta dalla natura dell'attività esercitata.

editrice dei commenti degli utenti in ragione della concreta possibilità di controllo (male esercitata) e dell'interesse (anche economico) di quest'ultima, con riferimento al coinvolgimento dei propri lettori.

Il ragionamento seguito dai giudici di merito trova adeguata giustificazione nel noto orientamento giurisprudenziale che ha portato alla creazione della categoria dell'*hosting attivo*²², figura non soggetta all'applicazione delle esenzioni previste dalla citata Direttiva sul commercio elettronico. Sulla scia del quarantaduesimo considerando della Direttiva, infatti, i *provider* che non rivestano un ruolo di carattere meramente tecnico, automatico e passivo²³, non potrebbero essere ritenuti "neutrali" rispetto ai contenuti memorizzati e, conseguentemente, verrebbero meno i presupposti per la limitazione della loro responsabilità²⁴.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, gli operatori che offrano ai propri utenti la possibilità di pubblicare e condividere commenti e/o recensioni

²² Per la qualificazione della figura dell'*hosting attivo*, si vedano, *ex plurimis*, Trib. Catania 29 giugno 2004, in questa *Rivista*, 2004, p. 466 ss.; Trib. Milano 2 marzo 2009, in questa *Rivista*, 2009, 521; Trib. Roma, 15 dicembre 2009, in questa *Rivista*, 2009, p. 521; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in questa *Rivista* 2010, p. 275; Trib. Milano 24 febbraio 2010, in Riv. Dir. Ind. 2010, p. 328, Trib. Firenze 25 maggio 2012, in questa *Rivista*, 2012, p. 1210. INGRASSIA A., *La decisione d'Appello nel caso Google vs Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete, nota a Corte d'Appello di Milano, 27 febbraio 2013*, in *Il Corriere del Merito*, n. 7/2013, p. 771. Per un'ulteriore analisi delle problematiche relative all'applicabilità agli *hoster* attivi delle esenzioni previste dalla normativa comunitaria, V., *ex plurimis*, CAJANI F., *Quella casa nella prateria, gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in PICOTTI L., RUGGERI F., (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Milano, 2012, 223 e ss.; MANTELEO A., *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2010, p. 529 ss.; RICCIO G. M., *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, 2002; TOSI E., *Diritto Privato dell'Informatica, I beni-I contratti-Le responsabilità*, Milano, 2006, p. 116 ss.; SCANNICCHIO T., *La responsabilità del motore di ricerca per la funzione "auto-complete"*, nota a Trib. Firenze 25 maggio 2012, in questa *Rivista*, p. 1213.

²³ V. sul punto BELLAN A., *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*, nota a Trib. Milano 20 gennaio 2011, in *Il Diritto Industriale* 3/2012, p. 255, in cui l'A. osserva che, nella

vicenda oggetto della sentenza in commento, il provider (IOL) è stato qualificato come *hosting attivo* in ragione: a) della presenza di un'associazione automatica di video promozionali ai video degli utenti; della regolamentazione contrattuale in cui si riservava il diritto di rimuovere contenuti illeciti; c) di un servizio di "rimozione selettiva"; d) di un servizio automatico di visualizzazione di contenuti, in qualche modo, correlati o associati a quelli in riproduzione. Tuttavia, l'A., si mostra molto critico con il ragionamento seguito dal Tribunale atteso che gli elementi ritenuti fondanti la qualificazione di *hosting attivo*, in realtà non implicherebbero alcun intervento umano e, quindi, non sarebbero idonei ad addebitare al provider alcun controllo sui contenuti caricati.

²⁴ Senza voler qui riproporre l'intera elaborazione giurisprudenziale e dottrina sulla *hosting attivo*, vale la pena richiamare le argomentazioni espresse dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in due recenti vicende riguardanti rispettivamente la memorizzazione di messaggi pubblicitari da parte di Google (Cfr. CGUE, 23 marzo 2010, Google France SARL c. Louis Vuitton Malletier SA e altri, cause riunite C-236, 237 e 238/08, pubblicata in *Diritto Industriale* 5/2010, pp. 429 ss., con nota di TAVELLA M., BONAVITA S., *La Corte di Giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, pp. 441 ss. Per ulteriori commenti, V. KULK S., *Search Engines - Searching for trouble?*, in *EIPR*, 2011, pp. 611 ss.) e la memorizzazione di oggetti destinati alla vendita all'asta da parte di ebay (Cfr. CGUE, 12 luglio 2011, L'Oréal e Altri v. ebay, causa C-324/09, in curia.eu. Per un commento V. ROSSI G., *Aste online: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono sul proprio sito si pronuncia la corte di giustizia*, in *Contratto e Impresa* 1/2012, pp. 50 ss.). Sostanzialmente, nelle richiamate pronunce

ben potrebbero essere equiparati agli *hoster attivi*. In particolare, ciò avverrebbe nei casi in cui tali soggetti, oltre alla memorizzazione, forniscono, altresì, strumenti di indicizzazione, presentazione, supervisione e gestione dei contenuti generati dai terzi, anche in vista di un successivo sfruttamento commerciale²⁵, attraverso la gestione degli spazi pubblicitari ad essi associati²⁶. Peraltro, l'applicazione di tale sfavorevole regime non verrebbe escluso neppure dalla previsione — a livello contrattuale — di clausole di esonero di responsabilità e/o clausole di manleva²⁷, le quali, al contrario, sono state impiegate dalla giurisprudenza per “aggravare” la

si è affermato che l'esenzione di cui all'art. 14 Dir. 2000/31/EC non può trovare applicazione quando il prestatore di servizi abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. L'ipotesi in parola, secondo quanto affermato dalla Corte, si realizzerebbe non tanto a fronte della onerosità del servizio, quanto piuttosto nel ruolo concretamente svolto dal provider nella presentazione, organizzazione e diffusione delle informazioni dei terzi. Ad esempio, nella sentenza relativa al caso “Adwords”, si è affermato che il ruolo svolto da Google nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione delle parole chiave può essere rilevante ai fini del riconoscimento della qualifica di *hosting attivo*. TAVELLA M., E BONAVITA S., *op. cit.*, p. 448 hanno, tuttavia, criticato, per alcuni aspetti, la decisione della Corte. Gli AA., infatti, hanno evidenziato come il servizio Adwords offra una serie di strumenti che offrono suggerimenti in merito alle parole chiave da acquistare. Detti suggerimenti ben potrebbero includere keyword contenenti marchi registrati e, quindi, potrebbero rendere manifesta la “non neutralità” di Google rispetto ai contenuti illeciti. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l'orientamento qui riportato non convince, atteso che si tratterebbe, comunque, di un servizio completamente automatizzato ed escludente qualsivoglia intervento umano. Nel caso di “chay”, ritenuto, a tutti gli effetti, un service provider perché finalizzato ad agevolare i rapporti tra i venditori e gli acquirenti di prodotti, la Corte ha desunto il possibile “ruolo attivo” di chay da elementi quali: la predeterminazione delle modalità di svolgimento delle vendite; l'assistenza diretta alla promozione delle offerte di vendita (cfr. punto 116), nonché l'ottimizzazione della presentazione di queste ultime (cfr. punto 117).

²⁵ Così GUIDOBALDI L., *op. cit.*, p. 287.

²⁶ Così GUIDOBALDI L., *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'au-*

tore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza, nota a Trih. Roma 16 dicembre 2009, in questa Rivista, 2010, p. 281, in cui l'A. si sofferma sull'analisi critica delle conclusioni raggiunte dal Tribunale romano in merito all'attività del noto portale Youtube, al quale era stata addebitata la condotta illecita commessa dai propri utenti, sul presupposto dell'impossibilità di riscontrare — sia a livello della gestione tecnica del sito, sia a livello degli obblighi contrattuali assunti con gli utenti del servizio — una effettiva estraneità di quest'ultimo rispetto ai contenuti trasmessi. Veniva, in particolare, posto l'accento sul fatto che l'operatore aveva adottato una gestione “attiva” degli spazi pubblicitari, intimamente connessa all'organizzazione dei contenuti audiovisivi, ed orientata al perseguimento di un chiaro scopo lucrativo.

²⁷ La clausola di manleva si distingue dalle clausole di esonero dalla responsabilità, in quanto le prime si limitano a trasferire ad un terzo l'incidenza economica del danno, non realizzando, quindi, forme di irresponsabilità, perché riversano le conseguenze patrimoniali del danno su un soggetto diverso dall'autore e quindi non pregiudicano il diritto del danneggiato ad un completo risarcimento: tali clausole, con esclusione peraltro dell'ipotesi del dolo del danneggiante, sono fuori dell'area dell'art. 1229 e sono ritenute valide dalla dottrina civilistica (BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 69). In giurisprudenza, Cass. Civ. 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Mass. Giur. It.*, 2001, si è ritenuto che *Non può ritenersi vietata dall'art. 1229 c.c., ed è quindi valida, la cosiddetta “clausola di manleva”, normalmente inserita nei contratti di appalto o di concessione di lavori e servizi per le Ferrovie dello Stato, con la quale, ferma la responsabilità dell'amministrazione verso i dipendenti dell'appaltatore o del concessionario danneggiati dal fatto colposo dell'amministrazione stessa, si consente tuttavia a quest'ultima di riversare su*

posizione dei provider²⁸ ". Di recente, tuttavia, merita di essere segnalata un'autorevole posizione contraria, costituita dalla pronuncia della Cassazione Penale, n. 5107 del 3 febbraio 2014, in cui, con riferimento ai portali di condivisione video, è stata affermata la piena riconducibilità di questi ultimi al paradigma dell'*hosting provider*, senza attribuire rilevanza all'eventuale natura "attiva" o "passiva" dei servizi offerti²⁹.

3. SPUNTI CRITICI IN MATERIA DI *USER GENERATED CONTENT*.

La questione della responsabilità del *provider* per i commenti dei propri utenti impone di esaminare, oltre all'evoluzione giurisprudenziale in materia di *hosting attivo*, altresì le possibili interazioni con la disciplina sulla stampa. Nel nostro ordinamento, è ormai pacifica la non estensibilità della normativa penale prevista per la stampa cartacea alla stampa

altri, ed anche sullo stesso appaltatore o concessionario, gli oneri derivanti dalla propria responsabilità, a condizione, peraltro, che il terzo, assuntore di tali oneri, vi abbia un interesse (in difetto del quale il patto sarebbe nullo per mancanza o illiceità della causa).

²⁸ Emblematica la tesi sostenuta dal Tribunale di Milano, nel caso Reti Televisive Italiane S.p.A c. Italia Online S.r.l., nella sentenza del 20 gennaio 2011, pubblicata in *Il Diritto Industriale*, 3/2012, 243, con nota di BELLAN A., *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet*. La vicenda concerneva la presenza — all'interno della piattaforma di video sharing gestita dalla convenuta — di frammenti di trasmissioni televisive sulle quali Reti Televisive S.p.A, vantava dei diritti d'autore. Il Tribunale Milanese aveva ritenuto che la posizione del gestore del sito differisse da quella di mero *hosting provider* anche in ragione della regolamentazione contrattuale da questi unilateralmente predisposta, secondo cui Italia Online S.r.l. si riservava il diritto nei confronti dell'utente di provvedere all'immediata rimozione di video o foto trasmessi dall'utente che risultassero in violazione di soggetti vantanti diritti sui contenuti trasmessi. Critico con tale assunto, l'A. nella nota cit., il quale, giustamente, rileva che dalla mera previsione di clausole contrattuali possa derivare, di per sé, un controllo effettivo del *provider* sugli UGC. Ciò varrebbe sia per le licenze di utilizzo dei contenuti caricati, sia per le clausole di manleva sia per il diritto di rimuovere i contenuti in questione. Secondo l'A., si potrebbe concordare con il Tribunale solo ed esclusivamente nel diverso caso

in cui il *provider* sia solito riprodurre, pubblicare, modificare o rimuovere discrezionalmente i contenuti generati dagli utenti. In materia V., altresì, Trib. Milano, 19 maggio 2011, n. 10983 Sezione Specializzata in Proprietà Industriale ed Intellettuale, estensore Marangoni, R.T.I. c. Yahoo!Italia, pubblicata in *www.openmediacoalition.it*. ove si è affermata la responsabilità civile del *provider* — qualificato espressamente come gestore "attivo" — sulla scorta di tre elementi: a) l'organizzazione della pubblicità e l'associazione della medesima al contenuto multimediale; b) la presenza di un regolamento contrattuale che riservava al gestore il diritto di riprodurre, utilizzare e trarre profitto dai contenuti immessi; c) l'espressa previsione del diritto di rimuovere i contenuti ravvisati illeciti. Tutto ciò ha indotto l'organo giudicante ad affermare che il *provider* avesse assunto su di sé un autonomo onere di controllo contrattuale della liceità del materiale pubblicato.

²⁹ La sentenza è pubblicata su *www.dirittoegiustizia.it*. In tale pronuncia, infatti, viene espressamente affermato che: "La posizione di Google Italia S.r.l. e dei suoi responsabili, imputati nel presente procedimento, è infatti quella di mero Internet host provider, soggetto che si limita a fornire una piattaforma sulla quale gli utenti possono liberamente caricare i loro video; video del cui contenuto restano gli esclusivi responsabili. Ne consegue che gli imputati non sono titolari di alcun trattamento e che gli unici titolari del trattamento dei dati sensibili eventualmente contenuti nei video caricati sul sito sono gli stessi utenti che li hanno caricati, ai quali soli possono essere applicate le sanzioni, amministrative e penali, previste per il titolare del trattamento dal Codice Privacy".

online³⁰, come anche ritenuto dalla Cassazione³¹). Per quanto attiene i profili civilistici, alcuni autori hanno sostenuto la piena responsabilità del *provider* per le informazioni pubblicate dai terzi, specialmente nel caso di anonimato di questi ultimi³², di fatto equiparando tali categorie di *provider* ai cd. *content provider*, ovverosia i fornitori di contenuti propri³³, con aprioristica esclusione dell'applicazione delle esenzioni di responsabilità previste per gli *hosting provider*.

Quest'ultimo assunto, tuttavia, non può essere acriticamente condiviso, in quanto non in linea con le peculiarità delle moderne piattaforme informative online³⁴. Con il presente contributo, infatti, si vuole porre l'attenzione sul fatto che in base alla vigente normativa, l'esenzione di responsabilità per l'esercizio dell'attività di *hosting* può venire meno solo laddove il "destinatario del servizio" abbia agito sotto il "controllo" e sotto l'"autorità" del prestatore³⁵.

Pertanto, la paventata equiparazione al *content provider*, potrebbe, tutt'al più, giustificarsi nella sola ipotesi in cui sia riscontrabile un

³⁰ Una nutrita dottrina, nell'ambito della quale si segnalano i contributi di CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Padova, 2009, p. 259 ss.; ZENO-ZENCOVICH V., *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 19 ss.; PICOTTI I., *I profili penali delle comunicazioni illecite in internet*, in questa *Rivista*, 1999, p. 299, ha sostenuto l'esclusione dell'estensione dell'art. 57 c.p. ai periodici online, sottolineando la differenza tra il concetto normativo di stampa e le caratteristiche tipiche dell'informazione online. In particolare, nel mondo di Internet, verrebbero meno sia la "riproduzione" (ormai meramente discrezionale), nonché la "destinazione alla pubblicazione mediante distribuzione", in quanto la rivista online sarebbe diffusa via rete e, comunque, non mediante distribuzione. V. altresì VERRI F., CARDONE V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2013, pp. 383 ss., i quali evidenziano, sostanzialmente, l'inapplicabilità dell'art. 57 c.p. all'internet provider, in ragione dell'impossibilità di controllo preventivo che, invece, ben poteva avvenire con riferimento alla stampa cartacea.

³¹ V. Cass. Pen. 29 novembre 2011, n. 44126, con nota di V. CORRIAS LUCENTE G., *Al direttore responsabile di un periodico online non si applica il reato previsto dall'art. 57 del codice penale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 82, in cui si è affermato che "Il direttore di un periodico on-line non è responsabile per il reato di omesso controllo, ex art. 57 cod. pen., sia per l'impossibilità di comprendere la pubblicazione mediante rete informatica nel concetto di stampa periodica, sia per l'impossibilità

per il direttore della testata on-line di impedire le pubblicazioni di contenuti diffamatori 'postate' direttamente dall'utenza".

³² La suddetta non condivisibile posizione è richiamata in D'ARRIGO, *op. cit.*, p. 51, il quale, tuttavia, compie interessanti osservazioni critiche.

³³ Sul tema V. CASSANO G., BUFFA F., *responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corr. Giur.* 1/2003p. 78 ove si evidenzia come debba distinguersi rigorosamente la posizione del *content provider* da quella dell'*host provider*, principio, questo, affermato, peraltro, in Trib. Napoli 14 giugno 2002, *ivi*.

³⁴ Non può trascurarsi il fatto che i moderni portali web informativi si compongono, sostanzialmente, di due distinte aree: un'area "editoriale" contenente i contributi direttamente riconducibili al gestore del sito, ed un'area "aperta" contenente i commenti spontaneamente inviati dagli utenti.

³⁵ Si veda sul punto TESCARO M., *op. cit.*, p. 173, in cui l'A., si sofferma sulla responsabilità del *content provider*, muovendo dalla lettera dell'art. 16 cit. In particolare, afferma che la disposizione intende riferirsi al caso del *provider* che — a differenza degli altri provider — non riveste il ruolo di mero intermediario, bensì fornisce direttamente i contenuti o, comunque, dispone nell'ambito della propria organizzazione, di un amministratore di sistema cui è affidato il compito di sorvegliare i contenuti ivi ospitati. Sulla responsabilità del *content provider* V., altresì, TROIANO O., *Gli illeciti attraverso internet: problemi di imputazione e responsabilità*, in AIDA, 1998, p. 405 e D'ARRIGO R., *op. cit.*, p. 34. In particolare, viene presa in considerazione l'ipotesi in cui i contenuti dei siti ospitati siano

controllo “effettivo” (moderazione) sul contenuto fornito dall’utente ³⁶. In caso contrario, non vi sarebbero ragioni sufficienti per escludere l’applicabilità del regime di esenzione, atteso che il *provider* si limiterebbe a mettere a disposizione del pubblico uno spazio di memorizzazione in cui esprimere le proprie opinioni, similmente a come avviene in un *forum* ³⁷.

Di conseguenza, al fine di determinare un equo regime di responsabilità, in tali casi, l’area del sito prettamente “editoriale” (con assunzione di piena responsabilità in capo al *provider*) dovrebbe essere tenuta distinta dallo spazio riservato alla discussione dei lettori, in relazione al quale non potrebbe essere aprioristicamente esclusa l’applicabilità del regime di esenzione di responsabilità previsto per l’*hosting provider*. In secondo luogo, andrebbero individuati dei criteri “certi” sulla cui base affermare la responsabilità del gestore del sito per i contenuti riconducibili ai propri utenti, come avvenuto in alcuni ordinamenti esteri.

Ad esempio, in Germania, ferma restando la normativa sul commercio elettronico, è stata elaborata dalla giurisprudenza la dottrina della cd. *appropriazione del contenuto di terze parti* ³⁸. Secondo tale orientamento l’*host provider* dovrebbe rispondere dell’illiceità dei contenuti dei propri

soggetti alla supervisione e alla sorveglianza di un *system manager*, appartenente all’organizzazione aziendale del *provider* fornitore dei contenuti. Il ruolo svolto, in tali casi, dall’amministratore di sistema giustifica la responsabilità in cui può incorrere il prestatore del servizio di *hosting* per le informazioni memorizzate, anche se fornite dal destinatario del servizio, configurandosi, secondo gli AA., un’ipotesi di responsabilità per fatto altrui.

³⁶ Per giustificare l’attribuzione di piena responsabilità civile al gestore di un periodico telematico CASSANO G., BUFFA F., *responsabilità del content provider e dell’host provider*, nota a Trib. Napoli 14 giugno 2002, in *Corr. Giur.*, 1/2003, p. 77, hanno proposto, altresì, di estendere analogicamente l’art. 11 della legge sulla stampa (L. 47/1948), alla stampa online. La disposizione *de qua*, prevede una responsabilità solidale del proprietario della pubblicazione e dell’editore con l’autore materiale del messaggio costituente reato (es. il messaggio diffamatorio). Tuttavia, se, da un lato, l’applicazione analogica della predetta disposizione può giustificarsi con riferimento ai contributi editoriali predisposti da soggetti legati da uno stabile rapporto con l’editore e, pertanto, soggetti ad un controllo preventivo da parte del direttore responsabile, come avviene per la stampa tradizionale, dall’altro non sembra che ciò possa avvenire con riferimento ai commenti postati dagli utenti, atteso che si tratta di un’ipotesi totalmente estranea alla *ratio* della disciplina normativa in esame.

³⁷ In materia di *forum* si segnala la pronuncia del Tribunale di Viterbo, 15

Aprile 2010, in questa *Rivista* 1/2011, p. 103, secondo cui, *lo spazio riservato ad un forum su internet è un luogo virtuale per dialogare e confrontarsi non differente dallo spazio che qualsivoglia esercizio commerciale possa riservare ai propri avventori per discutere ed esprimere opinioni. Il gestore non ha alcun potere di controllo o di verifica del contenuto dei testi né ha una pretesa di fornire — attraverso le opinioni e le discussioni “ospitate” — informazioni esatte e veritiere, limitandosi dunque a fornire un luogo nel quale ciascuno possa, non dare o fare informazione, ma esprimere opinioni ed aprire un dibattito. Per un commento, V. la nota a sentenza di VIGNUDELLI L., *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell’utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in questa *Rivista*, 1/2011, p. 107 ss., il quale, sostanzialmente, evidenzia come il *forum*, lungi dal costituire un prodotto editoriale, debba intendersi come un’area non sottoposta alle regole e agli obblighi cui è soggetta la stampa come l’indicazione di un direttore responsabile o l’obbligo di registrazione. ■ In conseguenza, secondo l’A., dovrebbe negarsi con riferimento al gestore del *forum* la configurabilità di una responsabilità — da parte del *Provider* — alla stregua del direttore di una testata giornalistica per il mancato controllo preventivo dei contenuti delle dichiarazioni formulate dagli utenti.*

³⁸ PINTO T., NIRI S., VON BRAUNSCHWEIG E., AUMAGE V., *Liability of online publishers for User Generated Content: A European Perspective*, in *Communications Lawyer*, April 2010, p. 8, rilevano come la dottrina dell’appropriazione sembri appa-

utenti unicamente in presenza di un suo diretto coinvolgimento nella produzione e/o sfruttamento del materiale illecito³⁹. Si è, conseguentemente, ritenuta sussistente un'*appropriazione* rilevante, in un caso in cui l'utente medio non era in grado di distinguere i contenuti del *provider* da quelli provenienti dai terzi⁴⁰. Pacificamente esclusa l'*appropriazione*, invece, in presenza di una netta separazione tra le due tipologie di contenuti, a livello di *layout* grafico del sito⁴¹.

In Francia, invece, in siffatte ipotesi, il fondamento della responsabilità del *provider* viene ricollegato ad eventuali "scelte editoriali" nella visualizzazione dei contenuti di terzi (quali, a titolo esemplificativo, un servizio di "moderazione"⁴²), in assenza delle quali si riconosce la piena applicabilità del regime previsto per l'*hosting provider*⁴³. Dello stesso avviso la dottrina anglosassone, pur espandendo l'ambito della responsabilità ai casi in cui il *provider* stimoli l'intervento degli utenti in riferimento a questioni di particolare interesse che potrebbero dare adito a commenti diffamatori⁴⁴.

rentemente contraddire la Direttiva sul commercio elettronico, ma d'altro canto, evidenziano come, invece, riceva costante applicazione nei Tribunali Tedeschi, con possibili ripercussioni sullo sviluppo del mercato digitale tedesco.

³⁹ PINTO T., NIRI S., VON BRAUNSCHWEIG E., AUMAGE V., *op. cit.*, p. 9, al riguardo, formulano alcuni suggerimenti volti a minimizzare la responsabilità del provider, quali, l'astensione dall'apposizione del logo del provider agli UGC, o la realizzazione di un *layout* grafico che consenta all'utente medio di distinguere tra contenuto editoriale e contenuti degli utenti.

⁴⁰ Ad esempio, nel caso deciso dalla Corte di Appello di Amburgo, con Sentenza n. 165/06 del 26 settembre 2007, con riferimento ad un portale di condivisione di ricette culinarie, è stata riscontrata l'*appropriazione* degli UGC, poiché le ricette, con le annesse fotografie (la cui diffusione non era stata autorizzata), costituivano l'intero contenuto editoriale del sito, venivano revisionate dal gestore del sito prima di essere pubblicate, ed, in seguito alla pubblicazione, veniva apposto il logo di quest'ultimo. La Corte aveva, inoltre, evidenziato che, sulla base della regolamentazione contrattuale unilateralmente predisposta dal gestore del sito, il gestore acquisiva diritti di sfruttamento aventi ad oggetto sia le ricette sia le annesse fotografie. Secondo i giudici Tedeschi, il provider avrebbe dovuto introdurre un meccanismo di filtraggio volto a impedire l'*upload* di fotografie il cui autore non coincidesse con l'autore della ricetta. Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Amburgo, con Sentenza n. 224/06 del 10 dicembre 2008, concernente un portale di

condivisione di foto, si è ravvisata l'*appropriazione* delle foto postate dagli utenti da parte del provider, in quanto le foto in questione costituivano il solo contenuto sostanziale del sito ed, in aggiunta, potevano essere stampate dagli altri utenti solo previa autorizzazione (a pagamento) del gestore del sito.

⁴¹ Cfr. Corte d'Appello di Amburgo, Sentenza n. 167/07 del 4 febbraio 2009, in cui, con riferimento a portali di natura informativa simili a quello oggetto della decisione della Corte Europea qui commentata, si è negata l'*appropriazione* degli UGC, in ragione del fatto che detti contenuti venivano pubblicati in un'area del sito (cd. area "community") ben distinta da quella "editoriale".

⁴² Corte d'Appello di Parigi, Sentenza del 21 novembre 2008 e Tribunale di Parigi - Grande Istanza del 14 novembre 2008.

⁴³ PINTO T., NIRI S., VON BRAUNSCHWEIG E., AUMAGE V., *op. cit.*, p. 9 rilevano come, prima delle decisioni del 2008, le Corti Francesi ritenessero che il gestore di un sito web che ricevesse introiti pubblicitari dalla pubblicazione di UGC dovesse considerarsi alla stregua di un editore.

⁴⁴ PINTO T., NIRI S., VON BRAUNSCHWEIG E., AUMAGE V., *op. cit.*, p. 10, sottolineano l'importanza dell'accertamento della "conoscenza o del controllo effettivo" sugli UGC, riscontrabile attraverso la moderazione dei messaggi postati dagli utenti. Inoltre, JONES H., BENSON C., *Publishing Law* New York 2011, p. 190-191, evidenziano che, tuttavia, con la "moderazione" il gestore del portale verrebbe a ricoprire la medesima posizione del direttore responsa-

La rilevanza della cd. “istigazione” ai commenti si rinviene, altresì, nel sistema statunitense⁴⁵. Tuttavia, in alcune pronunce, si è, comunque, sottolineata la necessità di un contributo “materiale”, alla produzione del materiale illecito, non risultando, all’uopo, sufficiente né la mera istigazione⁴⁶, né la semplice “moderazione” senza effettive modifiche e/o alterazioni dei contenuti generati dagli utenti⁴⁷.

La determinazione del regime di responsabilità più adeguato non può, quindi, prescindere da un esame approfondito delle particolarità del caso concreto. Al riguardo, i presupposti su cui fondare la responsabilità del *provider* andrebbero, pertanto, rinvenuti in elementi oggettivi e determinati quali l’esistenza di un “controllo effettivo” o di una conclamata *appropriazione* dei contenuti forniti dagli utenti (es. un servizio di moderazione preventiva; l’assenza di accorgimenti volti a separare l’area editoriale da quella riservata alla discussione, e così via), in assenza dei quali non dovrebbero esservi dubbi sulla piena applicazione delle esenzioni previste per le attività di *hosting*.

ROBERTO ALMA

bile di un periodico, per cui sarebbe maggiormente auspicabile, in un’ottica costi-benefici una moderazione preventiva obbligatoria, piuttosto di una moderazione successiva, costosa e dall’esito, comunque, incerto. Per un’ulteriore analisi sulla responsabilità dei provider per gli UGC diffamatori, V. altresì, MURRAY A., *Information Technology Law: The Law and Society*, Oxford 2013, pp. 196, altresì, per i riferimenti giurisprudenziali ivi citati. Per un intervento giurisprudenziale in materia, V. Court of Appeal in London 14 February 2013 (Payam Tamiz v Google Inc [2013] EWCA Civ 68), ove il provider ospitante un

blog contenente commenti diffamatori è stato equiparato all’“editore” (cd. publisher liability) in considerazione della mancata rimozione dei commenti in questione, nonostante la segnalazione del soggetto leso.

⁴⁵ Jones v. Dirty World Entertainment, No. 09-219-WOB, 2012, WL 70426 (E.D. Ky. Jan 10, 2012).

⁴⁶ S.C. v. Dirty World LLC, 11-CV-00392-DW, pubblicata sul seguente indirizzo internet <http://digitalcommons.law.scu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=historical>.

⁴⁷ Gains v. Romkey 2012, II, App (3d) 110594-U (III° App. cr. July 3, 2012).