



*MAURO TESCARO*

*Professore associato di diritto privato – Università di Verona*

## **UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA CONTRASTANTE CON IL DIRITTO VIVENTE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'INTERNET PROVIDER NEL DIRITTO ITALIANO TRA DIRETTIVA 2000/31/CE, REGOLAMENTO UE 2016/679 E DIRETTIVA UE 2019/790\***

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *I diversi livelli di responsabilità civile del provider ipotizzabili.* – 3. *La responsabilità civile del provider nella direttiva 2000/31/CE.* – 4. *(segue) e specialmente nel decreto legislativo n. 70 del 2003.* – 5. *La criticabile sentenza n. 7708 del 2019 della Cassazione.* – 6. *La responsabilità civile del provider (e non solo) nell'art. 15 del decreto legislativo n. 196 del 2003 e nell'art. 82 del regolamento UE 2016/679.* – 7. *Il problema dei c.d. danni punitivi e le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 83 del regolamento UE 2016/679.* – 8. *Il caso Google contro Vivi Down quale esempio paradigmatico.* – 9. *Il diritto all'oblio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.* – 10. *La direttiva UE 2019/790.* – 11. *Conclusioni.*

1. – Il presente scritto è dedicato alla responsabilità civile dell'*internet provider* nel diritto italiano con la specifica finalità di coordinare la disciplina di cui agli artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE – «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno» – e soprattutto di cui agli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003 (attuativi in Italia della citata direttiva) con quella di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 («Codice in materia di protezione dei dati personali») e poi di cui all'art. 82 del regolamento UE 2016/679 («relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera cir-

---

\* Lo scritto è destinato all'Opera collettanea *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

Lo scritto rientra inoltre nell'attività di ricerca del gruppo «Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele – D.I.G.I.T.S.» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie».



colazione di tali dati»), accennando altresì al rapporto con la più recente direttiva UE 2019/790 («sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale»).

Il tema è particolarmente complicato, considerate la enorme e crescente importanza degli interessi in gioco, la mutevolezza dei relativi assetti e soprattutto la circostanza che le varie previsioni rilevanti non chiariscono sempre inequivocabilmente se, qualora sussistano i presupposti applicativi di più di esse, debba preferirsi l'una o l'altra.

La dir. 2000/31/CE, infatti, nel suo considerando n. 14, si limita, assai sinteticamente, a riconoscere come, vista tra l'altro la dir. 1995/46/CE (oggi, il reg. UE 2016/679<sup>1</sup> che la ha sostituita), sia già presente «un quadro giuridico comunitario nel campo della protezione dei dati personali», giungendo alla conclusione che «non è necessario includere tale aspetto nella presente direttiva per assicurare il buon funzionamento del mercato interno, in particolare la libera circolazione dei dati personali tra gli stati membri». La questione si trova poi trattata, sempre assai sinteticamente, nell'art. 1, par. 5, lett. b), della medesima dir. 2000/31/CE<sup>2</sup> e pure nella previsione attuativa italiana di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 70 del 2003, secondo cui «non rientrano nel campo di applicazione del presente decreto: [...] b) le questioni relative al diritto alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni di cui alla legge 31 dicembre 1996, n. 675, [...] e successive modificazioni», tra le quali successive modificazioni debbono considerarsi, ovviamente, il d.lgs. n. 196 del 2003, compresi i vari interventi poi compiuti dal legislatore su di esso, nonché il reg. UE 2016/679.

La disposizione in parola sembra a parte della dottrina sancire «la priorità applicativa della disciplina legale della *privacy*»<sup>3</sup>, della quale la normativa sul commercio elettronico si limiterebbe a presupporre la vigenza, con la conseguenza che, riscontrati i presupposti applicativi della disciplina sulla *privacy*, pur versandosi anche in materia di commercio elettronico, la possibilità di invocare le regole sulla responsabilità civile del *provider* di cui agli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003 sarebbe radicalmente esclusa<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una prima introduzione al quale, v. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2017, 1, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Ai sensi del quale: «la presente direttiva non si applica: [...] b) alle questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle direttive 95/46/CE e 97/66/CE».

<sup>3</sup> S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, 1248. Su una simile linea di pensiero, ma solo fino all'entrata in vigore del reg. UE 2016/679 (su cui torneremo subito a seguire nel testo), v. anche E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 262.

<sup>4</sup> In tal senso, sempre prima del reg. UE 2016/679, v. anche F. BRAVO, *La responsabilità civile degli in-*



Una simile tesi, però, a parte il fatto che rischia di dare per scontato un rigido bilanciamento degli interessi in gioco del tutto a favore della *privacy* (e, al tempo stesso, del tutto a sfavore dei non trascurabili interessi con essa confliggenti: punto, questo, su cui ci soffermeremo *infra*, par. 2), contrasta ora con il tenore letterale del reg. UE 2016/679, il cui art. 2, par. 4, precisa piuttosto che «il presente regolamento non pregiudica [...] l'applicazione della direttiva 2000/31/CE, in particolare le norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva»<sup>5</sup>, ciò che sembra compatibile persino con la tesi radicalmente opposta rispetto a quella appena accennata, ovverosia con la priorità degli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003, qualora appaiano invocabili entrambe le normative in discorso<sup>6</sup>.

È, peraltro, indimostrato che la questione debba essere risolta affermando che i presupposti applicativi delle normative in tema di *privacy* e di commercio elettronico si sovrappongano e che debba senz'altro prevalere l'una o l'altra, trattandosi a parere di chi scrive di verificare se non sia invece percorribile, *de iure condito*, una strada interpretativa che affermi la loro armonica coesistenza (salva la possibilità che singoli casi concreti risultino, per il loro particolare atteggiarsi, tenuto anche conto della inarrestabile evoluzione della tecnica, di difficile classificazione, e salva la disciplina di cui alla dir. UE 2019/790, la quale verificheremo – v. *infra*, par. 10 – che sancisce chiaramente la sua priorità, sia pure solo in un particolare ambito).

2. – Nella materia in esame, come già accennato, entrano in gioco vari interessi anche tra loro confliggenti, spettando al legislatore e – nel rispetto delle scelte compiute dallo stesso legislatore – all'interprete l'arduo compito di contemperarli. Pare allora utile, innanzi tutto, elaborare uno schema delle principali soluzioni possibili, predisponendo in tal modo una mappa ideale nella quale potremo poi posizionare le discipline via via esaminate.

---

ternet service providers, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. ALPA e G. CONTE, Milano, 2015, p. 703 ss., il quale ha peraltro anche ragionato – p. 708 ss. –, in seguito al citato regolamento, del «ribaltamento della soluzione» e della «supremazia del regime di responsabilità degli intermediari della società dell'informazione (di cui alla direttiva 2000/31/CE) sul regime di responsabilità in materia di protezione dei dati personali».

<sup>5</sup> V. anche, del medesimo regolamento, il considerando n. 21, secondo cui «il presente regolamento non pregiudica l'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in particolare delle norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva. Detta direttiva mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri».

<sup>6</sup> V. *supra*, nt. 4.

# JUS CIVILE



Approssimativamente, sono immaginabili almeno cinque diversi livelli di responsabilità civile del *provider*: *i*) un esonero da responsabilità, corrispondente alla sua massima tutela, escludendosene la responsabilità pur in presenza di tutti i presupposti che secondo la disciplina comune (quella di cui all'art. 2043 c.c.) configurerebbero un illecito a suo carico; *ii*) una ordinaria (in quanto corrispondente al modello di cui all'art. 2043 c.c.) responsabilità (almeno) per colpa, che integra comunque una buona tutela del *provider*, chiamato a rispondere solo nel caso in cui il danneggiato riesca a dimostrarne la negligenza; *iii*) una responsabilità aggravata, o per colpa presunta, che può considerarsi una soluzione intermedia, in quanto tutela il *provider*, evitandone una responsabilità oggettiva, ma al tempo stesso tutela pure i titolari di (taluni) diritti lesi *on line*, sollevandoli dall'onere di provare la negligenza del prestatore; *iv*) una responsabilità oggettiva, ovvero a prescindere dalla negligenza del *provider*, al quale sarebbe dunque accordata una scarsa tutela, scattando la citata responsabilità per i danni sia pure solo causalmente riconducibili alla sua attività; *v*) i c.d. danni punitivi (o simili strumenti), cui corrisponderebbe probabilmente la minima tutela del *provider*, chiamato a pagare risarcimenti – a prescindere dal problema del criterio di imputazione della responsabilità, che a rigore si colloca peraltro su un piano diverso<sup>7</sup> – persino al di là del danno effettivamente riconducibile alla sua attività, per finalità – non di vera e propria riparazione, bensì – di punizione e di dissuasione.

A ciascuno di questi livelli corrisponde una crescente tutela (minima nell'ipotesi *i*, massima nell'ipotesi *v*) dei diritti – per esempio, l'onore e la reputazione, oppure proprio la *privacy* – suscettibili di lesione *on line* e contrastanti con l'interesse del *provider* ad agire il più possibile “irresponsabilmente”.

Anche rimanendo al livello astratto e approssimativo su cui ci stiamo ora muovendo, peraltro, il quadro risulta più complicato, non mancando altri diritti – per esempio, e in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, di fondamentale importanza tra l'altro nell'ottica della partecipazione democratica<sup>8</sup> – suscettibili di lesione *on line* la cui

---

<sup>7</sup> Il rapporto tra criteri di imputazione della responsabilità e sua eventuale funzione punitiva è peraltro controverso. Anche se è diffuso l'orientamento che pone le ipotesi di responsabilità oggettiva su un piano senz'altro diverso per non dire opposto rispetto a quello dei risarcimenti punitivi, non manca chi ritiene che questi ultimi possano invece collegarsi non solo alla responsabilità soggettiva ma anche a quella oggettiva. Per alcuni riferimenti a questo dibattito, sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 540, nt. 37.

<sup>8</sup> V., in argomento, per esempio, M. CARTA, *Diritto alla vita privata ed Internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in *Dir. inf. inf.*, 2014, p. 1 ss.; nonché, da ultimo, M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 811 ss.



tutela può confliggere con quella dei diritti appena accennati, andando piuttosto di pari passo con la posizione del *provider*.

3. – Veniamo ora ai tratti essenziali della normativa – che il reg. UE 2016/679 «non pregiudica», come sappiamo – sulla responsabilità civile del *provider* di cui alla dir. 2000/31/CE e – per quanto concerne il diritto italiano – soprattutto al d.lgs. n. 70 del 2003.

Gli artt. 12-15 della dir. 2000/31/CE contengono una disciplina di favore per il solo *provider* che possiamo sinteticamente definire “passivo”, cioè che si limita a compiere un’attività «di ordine meramente tecnico, automatico e passivo»<sup>9</sup>, in relazione all’illecito di un destinatario del servizio. Peraltro questo *provider*, quando può essere considerato responsabile, tiene una condotta – a seconda dei casi, attiva od omissiva – che fornisce comunque un qualche apporto causale all’illecito posto in essere dall’utente<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Nel considerando n. 42 della direttiva testualmente si afferma: «le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell’informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». L’importanza di questo considerando è sottolineata, tra le altre, da CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, in *www.curia.eu*, n. 113 s., con particolare riguardo a una ipotesi di *hosting*. Secondo un diverso orientamento, peraltro, l’attività di *hosting* di cui all’art. 14 della direttiva non sarebbe necessariamente solo “passiva”: v. *infra*, nt. 19.

<sup>10</sup>Si tende a parlare di responsabilità del *provider* per fatto altrui (cfr., per esempio, L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 230). Ma questo non significa che il *provider* sia chiamato a rispondere in assenza di un sia pure minimo apporto causale alla commissione dell’illecito, in quanto una simile deroga al sistema della responsabilità civile necessiterebbe di essere esplicitamente prevista, ciò che non sembra che la direttiva abbia fatto. In argomento, cfr., da ultimo, Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1049 ss. (con commento di L. TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell’hosting provider [attivo e passivo]*, *ivi*, p. 1039 ss.; nonché in *Foro it.*, 2019, I, c. 2045 ss., con nota redazionale di G. STROMMILLO e con commento di F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*; in *Dir. inf.*, 2019, p. 152 ss.; in *Dir. inf. inf.*, 2019, p. 500, con nota di C. NOVELLI, *La Cassazione su responsabilità del provider e contenuto della notifica*; in *Dir. int.*, 2019, p. 261 ss., con commenti di R. PANETTA e di A.M. ROVATI, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*; e in *Vita not.*, 2019, p. 557 ss., con nota di G. CASSANO, *Lo statuto della responsabilità civile degli isp. Niente di nuovo sotto il sole, ma quanta fatica*), la quale, dopo aver rammentato in termini generali come, in relazione a un fatto illecito altrui, potrebbe configurarsi un «illecito commissivo mediante omissione in concorso con l’autore principale», ha ragionato, con riguardo alla responsabilità del c.d. *hosting provider* passivo, di «una condotta commissiva mediante omissione, per avere [...] concorso nel com-

# JUS CIVILE



La disciplina di favore è articolata in due livelli concorrenti. Il primo livello, generale, vale per qualsiasi prestatore “passivo” ed è incentrato sull’assenza di un obbligo generale di sorveglianza (art. 15). In ciò sta una scelta fondamentale, quella di delineare un modello di responsabilità soggettiva, incompatibile non solo con una responsabilità oggettiva ma anche con una responsabilità soggettiva aggravata, o per colpa presunta, del tipo di quella contemplata, per esempio, nell’art. 2050 c.c. con riguardo alle attività pericolose<sup>11</sup>.

Il secondo livello, speciale, è caratterizzato da vari presupposti per la responsabilità civile (non trattandosi, a differenza di quanto si potrebbe a prima vista pensare, di cause di esonero da responsabilità in senso tecnico<sup>12</sup>) del *provider* che – rendendo più difficile il risarcimento – si aggiungono a quelli propri di ciascun sistema nazionale<sup>13</sup>. Questi

---

portamento lesivo altrui a consumazione permanente» (mentre, con riguardo alla responsabilità del c.d. *hosting provider* attivo, ha parlato del suo «concorso mediante condotta attiva nell’illecito»; sulla importante sentenza in parola, avremo comunque modo di riflettere più approfonditamente *infra*, par. 5).

<sup>11</sup> Infatti, la dimostrazione di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno», richiesta dall’art. 2050 per escludere la responsabilità di chi svolge un’attività pericolosa, rischierebbe di coincidere, per il *provider*, con la dimostrazione avere predisposto un capillare sistema di sorveglianza sui materiali gestiti, in ossequio a un obbligo generale di sorveglianza. In argomento, cfr., tra i tanti, L. NIVARRA, voce *Responsabilità del Provider*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, 1198; S. SICA, *op. cit.*, p. 1254; G. FACCI, *La responsabilità dei Providers*, in C. ROSSELLO, G. FINOCCHIARO e E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, in *Tr. Bessone*, XXXII, Torino, 2007, p. 239 s.; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, Milano, 2010, p. 174 ss. e 230.

<sup>12</sup> In questo senso, v., tra gli altri, F. BRAVO, voce *Commercio elettronico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 309. In argomento, cfr. pure Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., la quale ha ragionato di una «*regula iuris* che [...] non è diversa, ed anzi è esattamente identica, da quella che sarebbe stata ove [...] la norma fosse stata costruita nel senso di prevedere il sorgere della responsabilità in capo al prestatore del servizio in presenza di date situazioni». Cfr. altresì F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA*, 2017, p. 477 s., il quale rileva come «l’obiettivo del legislatore non sia tanto quello di delineare, sebbene in negativo, un complesso di regole di responsabilità civile per gli internet service provider, adottando la prospettiva [...] della formalizzazione di presupposti dell’esonero dalla responsabilità, quanto piuttosto quello di fissare con certezza quella sfera di liceità di azione, nel cui ambito i servizi effettuati non espongono gli internet service provider ad alcun appunto di anti-giuridicità rispetto agli eventuali illeciti commessi dagli utenti in termini sia di pura illiceità, che legittima il ricorso a misure inibitorie, sia di responsabilità, che fonda l’azione di risarcimento del danno».

<sup>13</sup> V. CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, cit., ove si afferma: «la sezione 4 della direttiva 2000/31, che comprende gli artt. 12-15, recante l’intestazione “Responsabilità dei prestatori intermediari”, è diretta a limitare le ipotesi in cui, conformemente al diritto nazionale applicabile in materia, può sorgere la responsabilità dei prestatori di servizi intermediari. È pertanto nell’ambito di tale diritto nazionale che vanno ricercati i requisiti per accertare una siffatta responsabilità, fermo restando però che, ai sensi della sezione 4 di tale direttiva, talune fattispecie non possono dar luogo a una responsabilità dei prestatori di servizi intermediari» (v. anche, nello stesso senso, CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, in *www.curia.eu*, n. 107). Su questi temi, v., nella dottrina italiana, tra i tanti, T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003, p. 238 ss. e 286 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003, p. 178; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecno-*



presupposti ulteriori sono differenziati a seconda del tipo di attività concretamente svolta dal *provider* in ogni caso di specie, cioè *mere conduit* ovvero semplice trasporto (art. 12<sup>14</sup>), *caching* ovvero memorizzazione temporanea (art. 13<sup>15</sup>)<sup>16</sup> e *hosting* ovvero memorizzazione non temporanea (art. 14<sup>17</sup>). Queste tre tipologie sono ordinate secondo una crescente intensità dell'attività e corrispondentemente una crescente responsabilità, però sempre nell'ambito di un regime di favore rispetto a quello comune<sup>18</sup>.

Non è invece sottoposto alla disciplina di favore contenuta nella direttiva il *provider* "attivo"<sup>19</sup>, comunemente denominato *content provider*. Tale dovrebbe considerarsi non

---

*logica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 294; M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, p. 227 ss.; A.G. PARISI, *Il commercio elettronico*, in S. SICA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5ª ed., Padova, 2019, p. 354 ss.

<sup>14</sup>Nel cui par. 1 si precisa che l'attività di semplice trasporto è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione».

<sup>15</sup>Nel cui par. 1 si precisa che l'attività di *caching* è «consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio», però anche con, da parte del prestatore di servizi della società dell'informazione, la «memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta».

<sup>16</sup>In giurisprudenza, v., da ultimo, Cass., 19 marzo 2019, n. 7709, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2045 ss., la quale ha affermato che, «nell'ambito dei servizi delle società dell'informazione, la responsabilità in materia di eliminazione dei contenuti nell'ambito del c.d. *caching*, attività consistente nel trasmettere su una rete di comunicazione informazioni fornite da un destinatario del servizio, disciplinata dall'art. 15 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore di servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, quando l'autorità amministrativa o giurisdizionale gli abbiano intimato di procedervi; diversamente, al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching*, la legge non richiede di rimuovere spontaneamente determinati contenuti sol perché reso edotto della loro natura illecita mediante una diffida extragiudiziale o la proposizione di una domanda giudiziale». Per un commento adesivo, v. A.M. ROVATI, *op. cit.*, p. 288.

<sup>17</sup>Nel cui par. 1 si parla del servizio di *hosting* come di quello «consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio».

<sup>18</sup>La direttiva lascia comunque aperta la possibilità che azioni inibitorie siano esperibili anche in assenza dei presupposti di responsabilità appena accennati, come risulta dal considerando n. 45, ai sensi del quale: «le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima». In argomento, v., da ultimo, S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider secondo la più recente giurisprudenza italiana*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Milano, 2019, p. 407 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>19</sup>Secondo un orientamento, peraltro, il considerando n. 42 (già citato *supra*, nt. 9) si riferirebbe solo alle attività di *mere conduit* e di *caching*, non anche a quella di *hosting*. Quest'ultima rimarrebbe sottoposta



solo il *provider* che pone in essere direttamente l'illecito, cioè che immette in rete materiali propri<sup>20</sup>, ma anche quello che eserciti un'autorità o un controllo sull'attività illecita posta in essere da un utente. Con riguardo a quest'ultimo prestatore di servizi della società dell'informazione, infatti, il par. 2 dell'art. 14 della direttiva esclude che si applichino persino i particolari presupposti di responsabilità previsti per il *provider* esercente l'attività "passiva" sottoposta al regime più gravoso, quella di *hosting*.

Con la disciplina appena accennata, il legislatore comunitario persegue l'obiettivo fondamentale di sviluppare il commercio elettronico<sup>21</sup>. In quest'ottica, si è cercato un equilibrato bilanciamento dei confliggenti interessi<sup>22</sup> (tra i quali, specialmente un Paese,

---

alla disciplina di favore contenuta nella direttiva anche se non completamente "passiva", ma in parte "attiva" (almeno finché non sussista un controllo, da parte del *provider*, sui contenuti inseriti dagli utenti): in questo senso, v., L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio case by case*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 2006 s. Ma v. anche, in senso contrario, da ultimo Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

<sup>20</sup> Nel qual caso, il *provider* deve essere trattato alla pari di ogni altro autore di un illecito, non potendo il solo fatto dell'utilizzo del mezzo tecnico di internet incidere sul normale giudizio di responsabilità: cfr. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service Providers*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 5.

<sup>21</sup> Infatti, nei primi considerando della dir. 2000/31/CE si afferma che «lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nello spazio senza frontiere interne è uno strumento essenziale per eliminare le barriere che dividono i popoli europei» (considerando n. 1), e poi anche che «lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso faciliterà la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti» (considerando n. 2). In argomento, v. anche Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., secondo cui: «è affermazione ricorrente che la regolamentazione dei limiti di responsabilità da parte della direttiva europea intese favorire la prestazione imprenditoriale sul mercato dei servizi della società dell'informazione, con l'assunzione dei relativi rischi, secondo una scelta del legislatore europeo (e quindi nazionale), palesata dai suoi considerando. È stata, in tal modo, applicata la massima d'esperienza, tratta dall'analisi economica del diritto, secondo cui delimitare il regime di responsabilità ha l'effetto di sostenere le scelte d'impresa. La configurazione tecnica della responsabilità (per fatto proprio doloso, o anche, via via, per fatto proprio colposo, per fatto altrui o di tipo oggettivo) opera infatti sulla cd. allocazione dei rischi, influenzandola ogni volta in modo diverso: come quando si ritenga più efficiente a raggiungere i risultati voluti far gravare la responsabilità sul soggetto che economicamente sia in grado di sostenerla (*least cost insurer*) o si opti per un regime di responsabilità oggettiva, in quanto reputata capace di sollecitare le necessarie cautele preventive da parte di chi potrebbe incorrervi». Su questi temi, cfr., in dottrina, tra i tanti, F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2073 s.; S. SICA, *La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di A. MANTELERO e D. POLETTI, Pisa, 2018, p. 164 s.; M. COCUCCHIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1329 s.

<sup>22</sup> Ha assai chiaramente posto in evidenza come si contrappongano, fondamentalmente, l'esigenza di non penalizzare i *provider*, che sono essenziali per lo sviluppo del commercio elettronico, e l'esigenza di



come l'Italia, notoriamente caratterizzato, anche nel settore in esame, da molte piccole imprese dovrebbe a parere di chi scrive considerare anche l'opportunità di evitare di far gravare su tali imprese costi eccessivi, che ne metterebbero in pericolo la stessa esistenza<sup>23</sup>), ma emerge un evidente *favor* per il *provider*, perlomeno finché esso rimane "passivo", anche se ciò può comportare il sacrificio della opposta posizione dei titolari di taluni diritti lesi *on line*<sup>24</sup>.

La disciplina contenuta nella dir. 2000/31/CE, pertanto, alla luce dello schema sui diversi livelli di responsabilità già delineato (v. *supra*, par. 2), sembra collocarsi, con riguardo al *provider* "passivo", in una sorta di zona intermedia tra l'esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa, spostandosi senz'altro nel livello della comune responsabilità per colpa con riguardo al *provider* "attivo".

4. – In Italia, gli artt. 12-15 della direttiva sono stati attuati con gli artt. 14-17 del d.lgs. n. 70 del 2003. La disciplina italiana, in assoluta prevalenza, ricalca in modo (criticabilmente<sup>25</sup>) pedissequo la direttiva, ma, in alcuni punti, presenta notevoli particolarità.

Limitandoci qui a evidenziare le particolarità, viene in rilievo, innanzi tutto, il 2° co. dell'art. 17, ove è stata esercitata una facoltà di scelta che l'art. 15, par. 2<sup>26</sup>, della direttiva

---

salvaguardare i danneggiati negli illeciti commessi attraverso internet, i cui autori potrebbero essere non identificabili o insolventi, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 308.

<sup>23</sup> Per interessanti riflessioni generali in argomento, cfr. V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 347 ss. e specialmente 353 s.; nonché G. ZICCARDI, *Responsabilità del provider*, in *Ridare.it*, 3 marzo 2017. Sia consentito richiamare anche M. TESCARO, *Comment to Article 13 Regulation (EU) 910/2014*, in *EU eIDAS-Regulation. Article-by-Article Commentary*, a cura di A. ZACCARIA, M. SCHMIDT-KESSEL, R. SCHULZE e A.M. GAMBINO, München – Oxford – Baden-Baden – Chicago, 2020, p. 139 ss.

<sup>24</sup> Cfr., tra i tanti, F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 293, ove si afferma che la direttiva è finalizzata a garantire una sorta di immunità ai *provider* che si limitano a svolgere un ruolo tecnico di intermediazione; G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 9, secondo cui la direttiva avrebbe adottato una soluzione di equilibrio, però sostanzialmente vicina a una regola di immunità per i *provider*; nonché T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 289.

<sup>25</sup> In senso critico rispetto a questo atteggiamento del legislatore italiano, che riproduce nella disciplina nazionale formulazioni imprecise e vaghe giustificabili al livello della normativa europea (che deve poter essere recepita in ordinamenti nazionali assai diversi tra loro) ma non anche al livello dei singoli Stati, v., per esempio, L. MANNA, *op. cit.*, p. 4.

<sup>26</sup> Ai sensi del quale: «gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

## JUS CIVILE



va aveva espressamente lasciato agli Stati membri. Il legislatore italiano prevede, testualmente, che il *provider* “passivo”, qualsiasi sia il tipo di attività svolta, «è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l’autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell’informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l’identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite».

Sempre con riguardo alla disciplina generale, applicabile a qualsiasi *provider* “passivo”, fondamentale è poi il 3° co. dell’art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, ove si prevede testualmente che «il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall’autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l’accesso a detto contenuto, ovvero, se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l’accesso, non ha provveduto ad informarne l’autorità competente». Questa previsione non attua alcuna precisa disposizione della direttiva, ma non sembra a chi scrive – anche se non manca un orientamento dottrinale che sostiene l’opposta tesi<sup>27</sup> – contrastante con il diritto dell’Unione europea. La direttiva, infatti, intendeva lasciare, sul punto, significativi margini di discrezionalità agli Stati membri, come risulta dai suoi considerando<sup>28</sup>.

Se ne ricava la sussistenza, per l’Italia, a differenza di altri Stati membri, di una clausola generale di responsabilità civile del *provider* “passivo” articolata in due diverse ipotesi alternative: la prima si verifica quando solo l’autorità competente, non anche direttamente il danneggiato o altri, abbia richiesto al prestatore di impedire l’accesso a deter-

---

<sup>27</sup> V. O. TROIANO, *L’impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 368, il quale parla di un non corretto recepimento della direttiva che dovrebbe indurre il giudice nazionale a disapplicare, per la parte non conforme, la legge italiana. Su una simile linea di pensiero, v. anche F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 498, nonché S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 407, 412 e 419. Non sembra però che questa tesi abbia mai trovato esplicitamente seguito nella giurisprudenza italiana (nemmeno quando quest’ultima ha interpretato la disciplina nazionale in senso contrario rispetto alla sua formulazione letterale, come vedremo nel prosieguo nel testo).

<sup>28</sup> V. il considerando n. 46, ove si parla del «rispetto [...] delle procedure all’uopo previste a livello nazionale» e si precisa che la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell’accesso alle medesime», e il considerando n. 48, secondo cui la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».



minati contenuti, ed esso non abbia agito prontamente in tal senso; la seconda, invece, si verifica quando il prestatore abbia, in qualsiasi modo, avuto conoscenza del carattere illecito del contenuto di un servizio e non abbia informato l'autorità competente. Ciò significa che, secondo il diritto italiano, il *provider* "passivo" non solo non ha obblighi generali di sorveglianza e di ricerca degli illeciti, ma anche, per il caso che si renda comunque conto dell'illiceità del contenuto di un servizio, è richiesto di compiere un intervento molto limitato, vale a dire non impedirne l'accesso, ma semplicemente informare l'autorità competente, alla quale spetta valutare se sia necessario, oppure non, un intervento più radicale.

Questa ricostruzione deriva, innanzi tutto, dalla formulazione letterale del già citato co. 3 dell'art. 17. Essa, inoltre, si giustifica per il fatto che il *provider*, se fosse tenuto rimuovere i contenuti di un proprio utente sospettati di illiceità senza attendere una comunicazione dell'autorità, dovrebbe fare fronte a una situazione di notevole incertezza, comunque rischiosa. Al *provider* spetterebbe, infatti, la scelta tra il rischio di risarcire l'utente per la rimozione dei contenuti (qualora i contenuti si rivelassero poi leciti) e il rischio di risarcire i terzi danneggiati dall'utente (qualora i contenuti si rivelassero poi, al contrario, illeciti)<sup>29</sup>, tanto più che, se il *provider* scegliesse di correre il primo rischio e pertanto rimuovesse ogni contenuto sospettato di illiceità, assumerebbe un ruolo censorio<sup>30</sup> che potrebbe ledere taluni diritti fondamentali degli utenti<sup>31</sup>, specialmente la loro

---

<sup>29</sup> Sul punto, cfr. C. MENICHINO, *Sub art. 17 d.lg. n. 70/2003*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, coordinato da A. BARBA e A. BARENGHI, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 1273. La possibile illiceità della rimozione unilaterale, da parte di un *provider*, dei contenuti di un utente, anche quando il potere di rimozione sia stato contrattualmente previsto, è stata affermata pure in giurisprudenza: v. Trib. Pordenone, ord. 12 marzo 2019, n. 3502, di cui dà conto M. DAMIANI, *Confermato il divieto di censura per Facebook*, in *ItaliaOggi* del 13 marzo 2019; Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1174 (con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su ebay: il contratto telematico b2b tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*), e in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 2015 (con nota di F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*); Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1807 (con nota di P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma ebay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*).

<sup>30</sup> Cfr., al riguardo, F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 470, il quale riflette sul rischio che si finisca per «dare vita a un regime degli intermediari che ben si potrebbe battezzare "responsabilità giuridica dei sicofanti"».

<sup>31</sup> In dottrina, v., tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 311. Cfr. altresì, nella giurisprudenza di merito recente, Trib. Roma, ord. 1<sup>o</sup> febbraio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2046 e 2065 ss., e in *Dir. int.*, 2019, p. 329 ss., con commento di E. PALAZZOLO, *L'hosting provider tra libertà di impresa, diritto di critica e tutela della reputazione professionale*. Comunque, in linea con il già ricordato considerando n. 45 della direttiva (v. *supra*, nt. 18), il d.lgs. n. 70 del 2003 (artt. 14, co. 3, 15, co. 2, e 16, co. 3) lascia aperta la possibilità che qualsiasi *provider* "passivo" sia destinatario di azioni inibitorie, ordinate dell'autorità giudiziaria o amministrativa, a prescindere dalla sussistenza di una sua responsabilità civile.



libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della Costituzione<sup>32</sup>.

Un'altra peculiarità della disciplina italiana, peraltro collegata a quella appena illustrata, sussiste con specifico riguardo all'attività di *hosting*. Ai sensi del co. 1 dell'art. 16, è esclusa la responsabilità dell'esercente attività di *hosting* purché il medesimo, testualmente: «a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

Emergono qui due importanti differenze rispetto all'art. 14, co. 1, della dir. 2000/31/CE<sup>33</sup>. La previsione italiana ha, infatti, aggiunto, nella lett. b), l'inciso «su comunicazione delle autorità competenti» e ha anche eliminato la disgiuntiva “o” tra la lett. a) e la lett. b)<sup>34</sup>.

Il co. 1 dell'art. 16 è probabilmente la disposizione più rilevante e controversa dell'intero d.lgs. n. 70 del 2003. Riguardo a essa, sono state prospettate davvero tante ricostruzioni<sup>35</sup>. A chi scrive, nonostante che pure la Cassazione – peraltro trascurando di esami-

---

<sup>32</sup> Su tale libertà, v., anche per ulteriori riferimenti, R. MESSINETTI, *I limiti e il contenuto della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, a cura di MI. BIANCA, A. GAMBINO e R. MESSINETTI, Milano, 2016, p. 3 ss., nonché MI. BIANCA, *Il bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. La peculiarità della lesione dei diritti attraverso i Social Networks*, *ivi*, p. 11 ss.

<sup>33</sup> Ove si prevede testualmente: «gli Stati Membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

<sup>34</sup> Lo segnala precisamente, da ultimo, anche L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1041. Su questi dati letterali, v. pure, tra gli altri, R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1224; G. CITARELLA, *Reputazione dell'ente non-profit tra danno patrimoniale e non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1676 s.

<sup>35</sup> Secondo un orientamento, la lett. a) del 1° co. presupporrebbe una distinzione tra l'illecito penale, di cui il *provider* dovrebbe rispondere solo se «effettivamente a conoscenza» dell'illiceità dell'attività o dell'informazione, cioè solo se in dolo, e l'illecito civile, di cui il *provider* dovrebbe invece rispondere anche se semplicemente «al corrente» della «manifesta [...] illiceità dell'attività o dell'informazione», cioè anche se semplicemente in colpa (cfr., tra gli altri, U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, p. 81; G.M. RICCIO, *Responsabilità civile degli Internet Providers*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di P. STANZIONE e S. SICA, Bologna, 2006, p. 755). Ma la lett. b) parla, testualmente, della «conoscenza di tali fatti», sembrando riferirsi a tutti i «fatti» di cui alla lett. a), unitariamente considerati.



nare le motivazioni che stiamo per indicare – si sia come vedremo (*infra*, par. 5) da ultimo diversamente pronunciata, il significato di questa disposizione non sembra, però, equivocabile, non solo per la sua formulazione letterale ma anche per la necessità di interpretarla in combinazione con la sopra citata disciplina generale di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, nel quale, come già verificato, il legislatore italiano ha compiuto una precisa scelta discrezionale<sup>36</sup>. Ciò considerato, occorre, sia pure in contrasto con il diritto vivente, concludere che l'*hosting provider*, per andare esente da responsabilità, secondo il diritto italiano, dovrebbe: ricevuta una comunicazione dell'autorità<sup>37</sup>, anche

---

Per questi fatti, a parere di chi scrive, una responsabilità civile dell'*hosting provider* dovrebbe pertanto sussistere solo in caso di inerzia successiva all'effettiva conoscenza, necessariamente derivante da comunicazione dell'autorità competente, dell'altrui illecito (in questo senso si esprime anche L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host Provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 199).

<sup>36</sup> Come sottolineano, per esempio, L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei Providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 292; G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *Il caso Google-Vividown tra protezione dei dati e libertà di espressione on-line*, in *Dir. inf. inf.*, 2010, p. 669 s., secondo i quali «il diritto italiano mostra una particolare attenzione per l'esigenza di prevenire la censura preventiva da parte dei provider: migliorando la disciplina prevista dalla direttiva europea (che richiede che i provider rimuovano i contenuti illegittimi di cui sono a conoscenza), la legge italiana stabilisce che l'esenzione dalla responsabilità è inapplicabile solo quando il provider abbia ommesso di rimuovere i contenuti illegittimi dopo esserne stato richiesto da un'autorità giudiziaria o amministrativa, o non abbia informato una tale autorità dopo essere venuto a conoscenza di presunte informazioni illecite. Questa disciplina affida alla competente autorità giudiziaria o amministrativa il compito di stabilire se si debba rimuovere un contenuto ritenuto illegittimo. Quindi il provider è liberato non solo dalla necessità di controllare ogni contenuto caricato sulla piattaforma, ma anche dalla necessità di effettuare difficili ed incerte valutazioni giuridiche per stabilire l'illiceità di particolari contenuti, valutazioni che possono richiedere il bilanciamento di diritti fondamentali»; nonché, più di recente, V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 102. Alla luce di quanto appena rilevato, non si comprende come R. PANETTA, *op. cit.*, p. 274 e 277, possa parlare di «fedele trasposizione» della direttiva e soprattutto citare «gli artt. 14-15 Direttiva 2000/31 e i pedissequi artt. 16-17 d. lgs. 70/2003».

<sup>37</sup> La legge non richiede necessariamente un ordine, accontentandosi di una semplice comunicazione. Le autorità competenti, in assenza di precisazioni legislative, possono essere le più diverse, per esempio: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm, comunemente denominata Antitrust), la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), la Società Italiana degli Autori ed Editori (Siae). Per una simile elencazione, v. I.P. CIMINO, *Più a rischio con i servizi di messaggeria pubblica*, in *Guida al dir.*, 2013, Dossier n. 5, p. 27. Particolarmente significativa è la posizione dell'Agcom. Questa Autorità amministrativa indipendente, con «delibera n. 680/13/CONS» del 12 dicembre 2013, «Allegato A», ha adottato un regolamento (reperibile in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)), entrato in vigore il 31 marzo 2014 (e poi significativamente modificato con «delibera n. 490/18/CONS» del 16 ottobre 2018 – di cui v. l'«Allegato B» per il testo coordinato del regolamento – al fine di disciplinare l'esercizio dei nuovi poteri attribuiti all'Agcom dall'art. 2 della l. 20 novembre n. 167 del 2017, n. 167, per contrastare le violazioni più gravi attraverso appositi poteri cautelari e misure contro la reiterazione delle



in assenza di percezione diretta dell'illecito, provvedere immediatamente alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso alle informazioni oggetto di contestazione; venuto a conoscenza per altra via, cioè per sua autonoma iniziativa o per segnalazione del danneggiato o di altri, del possibile illecito, limitarsi a informare senza indugio l'autorità<sup>38</sup>.

Nonostante il contrario avviso della Cassazione anche su questo punto (v. sempre *infra*, par. 5), una diversa soluzione non sembra davvero sollecitata dalla – peraltro non sempre lineare<sup>39</sup> – giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella quale emerge, da un lato, un atteggiamento di minor favore per l'*hosting provider*, ma si riconoscono anche, dall'altro lato, i notevoli margini di discrezionalità lasciati ai singoli Stati membri<sup>40</sup>. La Corte di Giustizia, infatti, afferma che l'*hosting provider* è, in linea di principio, tenuto a rimuovere le informazioni illecite inserite da suoi utenti anche su

---

violazioni), per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica attraverso una rapida procedura amministrativa (che rimane esclusa nel caso di ricorso all'autorità giudiziaria) c.d. di *notice and take down*, gestita dalla medesima Agcom e attivabile su istanza del titolare del diritto d'autore. Parte della dottrina ha peraltro assunto una posizione critica: cfr., tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 313 s., e F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 510 s., ove anche ulteriori riferimenti. Per vari approfondimenti comparatistici su questi temi, cfr. inoltre già G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, p. 95 ss. L'adozione di una «celere ed efficace» procedura sempre c.d. di *notice and take down* è stata da ultimo richiesta, sempre in tema di diritto d'autore *on line*, dal par. 9 dell'art. 17 (su cui cfr. C. NOVELLI, *op. cit.*, p. 510, il quale condivisibilmente ritiene che sulla «ricezione interna della direttiva da parte degli Stati membri [...] si giocherà molto del futuro e della riuscita di questa parte della normativa») della nuova direttiva UE 2019/790 (di cui v. anche, in argomento, il considerando n. 70), sulla quale avremo modo di soffermarci *infra* nel testo, par. 10.

<sup>38</sup> Per simili posizioni, v. L. MANNA, *op. cit.*, p. 205 ss. e 228 s.; F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 311 s.; ID., *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 721 s. e 765 s.; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 99 s.; M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *La resp. civ.*, 2010, p. 172 s. In giurisprudenza, v. per esempio Trib. Roma, 20 ottobre 2011, in *Guida al dir.*, dossier n. 5, p. 22.

<sup>39</sup> Essendosi criticamente ragionato addirittura della Corte di Giustizia come di una «eccellente interprete del “rembrandtismo normativo” in materia di responsabilità degli intermediari» (E. CELESTE, *Wi-Fi gratuito e responsabilità degli intermediari. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1599).

<sup>40</sup> Cfr. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 692, ove si sono persuasivamente lamentati «gli involontari effetti distorsivi che possono generarsi dalla lettura decontestualizzata delle sentenze della Corte, qualora vertenti sull'interpretazione delle norme nazionali estere di attuazione della direttiva, non connotate dalla presenza di una clausola di armonizzazione massima», aggiungendosi che «una sentenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia sulla norma nazionale estera di attuazione della direttiva sul commercio elettronico concernente la responsabilità dell'intermediario per la fornitura del servizio di *hosting*, non è sempre immediatamente applicabile *sic et simpliciter* al diritto interno italiano se le norme di attuazione della medesima direttiva divergono anche parzialmente, in ragione dei margini di discrezionalità concessi ai Paesi dell'UE in sede di recepimento».



semplice segnalazione di parte<sup>41</sup>, ciò che è comprensibile vista la formulazione della lett. b) dell'art. 14, n. 1, della direttiva (differente, però, da quella della lett. b dell'art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003, nei punti sopra indicati). Ma la medesima Corte sostiene anche che spetta, in ultima analisi, ai giudici nazionali concretizzare una nozione, quella di «operatore economico diligente», come tale tenuto ad attivarsi, i cui contorni la direttiva ha evitato di precisare<sup>42</sup>.

Tutto ciò considerato, possiamo affermare che la direttiva avrebbe sicuramente consentito l'adozione di un modello di responsabilità diverso e più gravoso di quello, estremamente favorevole per i *provider*, risultante dalle sopra esaminate previsioni del d.lgs. n. 70 del 2003<sup>43</sup>. Tali previsioni, ritornando allo schema sui diversi livelli di responsabi-

---

<sup>41</sup> Tanto che taluni hanno criticamente parlato di una impostazione che rischia di attribuire al *provider* una responsabilità oggettiva, dubitando che questa conclusione sia compatibile con i principi che regolano la responsabilità civile nei vari ordinamenti (v. G. ROSSI, *Aste on-line: sulla responsabilità del Provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 73; cfr. anche D. DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 45).

<sup>42</sup> CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, cit., specialmente n. 120-122, ove si è testualmente affermato: «è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14. Inoltre, affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato on-line scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre fatto che essa 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». Sulla pronuncia in parola, v., *amplius*, M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2598 ss.

<sup>43</sup> Un modello meno favorevole per il prestatore di servizi della società dell'informazione è presente, per esempio, nel diritto tedesco, ove, con particolare riguardo alla attività di *hosting*, il § 10 – rubricato «*Speicherung von Informationen*» – del *Telemediengesetz* (TMG) non menziona alcuna comunicazione dell'autorità al fine di rendere attuale l'obbligo per il *provider* di attivarsi (prevedendo solo che «*Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern 1. sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder 2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information*



lità delineato all'inizio, spostano la posizione del *provider* più verso la zona dell'esonero da responsabilità, che non verso quella della comune responsabilità per colpa, la quale ultima, incentrata sul generale divieto di danneggiare qualsivoglia consociato, a maggior ragione dovrebbe intendersi, a seconda delle circostanze del caso concreto, comportare, in caso di illecito permanente<sup>44</sup>, pure il divieto di perseverare nel danneggiare il particolare consociato che si sia fatto avanti lamentando un pregiudizio che ha già iniziato a prodursi; tanto più che, anche al di fuori dell'ambito degli illeciti permanenti, e sempre dal punto di vista del diritto comune della responsabilità civile, un soggetto che sia stato avvertito che la sua condotta sta per arrecare (o ha già iniziato ad arrecare) un danno ingiusto ad altri, omettendo di intervenire, rischia di vedere aggravata la sua posizione soggettiva verso l'illecito, in quanto potrebbe configurarsi, a suo carico, se non il dolo, probabilmente nella forma del c.d. dolo eventuale<sup>45</sup>, quantomeno la colpa grave<sup>46</sup>.

La giurisprudenza di merito italiana – a parere di chi scrive compiendo scelte che, in

---

zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben»). Un modello sotto il profilo letterale più simile a quello italiano è, peraltro, presente in Spagna, dove la *ley* n. 34 del 2012 con riguardo ai «prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos», al 1° co. dell'art. 16, prevede: «los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (una previsione simile a quella appena citata è poi contenuta anche nel 1° co. dell'art. 17 della medesima *ley* con riguardo ai «prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda»).

<sup>44</sup> Per un'approfondita indagine, anche sulla scorta di riferimenti comparatistici, sull'adattabilità della nozione di illecito permanente (oltre che di quella di illecito plurisoggettivo eventuale) all'illecito telematico, v. R. BOCCHINI, *op. cit.*, 123 ss. Per l'utilizzo della medesima nozione da parte della giurisprudenza, v., per esempio, Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2004, 2198. Da ultimo, su una simile linea di pensiero, v. anche Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., ove si precisa che, «al prestatore del servizio non “attivo” si rimprovera [...] una condotta commissiva mediante omissione, per avere [...] concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco all'accesso».

<sup>45</sup> In generale, su questa nozione, cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 576.

<sup>46</sup> Sul punto, avremo modo di ritornare *infra*, par. 5, in relazione a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., la quale peraltro, come vedremo, riferisce un simile ragionamento non al diritto comune della responsabilità civile ma all'art. 16, 1° co., del d.lgs. n. 70 del 2003.



un ordinamento, come il nostro, pur sempre di *civil law*, non le competerebbero<sup>47</sup> – da tempo tende peraltro in prevalenza ad aggravare la posizione del *provider*, sostanzialmente portandola nell’area della comune responsabilità per colpa, attraverso due diverse – ma entrambe confluenti nella medesima direzione di fondo appena indicata – tendenze interpretative, quella a impiegare la assai criticabile (non solo perché ossimorica)<sup>48</sup> nozione di *hosting* “attivo”<sup>49</sup> (e più in generale a preferire, nei casi dubbi, le classificazioni dirette ad aggravare piuttosto che attenuare la responsabilità<sup>50</sup>), e quella ad affermare che il *provider* che pure sia ritenuto svolgere attività di vero e proprio (cioè “passivo” e non “attivo”) *hosting* sarebbe tenuto a rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti sulla base di semplici segnalazioni di parte<sup>51</sup>, ciò che dovrebbe a rigore af-

<sup>47</sup> V. M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 2602 ss.

<sup>48</sup> Sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Die zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern in Italien: Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie gegen Tendenzen der Rechtsprechung*, in *GPR – Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014, p. 276; ID., *La responsabilità civile dell’internet provider in Italia: attuazione della Direttiva europea sul commercio elettronico contro tendenze della giurisprudenza*, in *Revista Interdisciplinar de Direito*, 2014, p. 84, ove si sostiene che, volendosi raggiungere l’obiettivo avuto di mira dalla giurisprudenza che ragiona di *hosting* “attivo”, dovrebbe semmai impiegarsi la nozione di *content provider*. In questo stesso senso, v. pure S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 414. V. anche, tra gli altri, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 689 e 745 ss., ove si ragiona di «un’interpretazione creativa che, pur andando a consolidare progressivamente nel tempo, non appare tuttavia scevra da rilievi critici», nonché di una «(inutile) creazione» e di una «superfetazione giurisprudenziale»; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell’era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Consulta online*, 10 febbraio 2014, p. 13, il quale parla di una «forzatura del dato legislativo». Nella giurisprudenza di merito, cfr., da ultimo, Trib. Roma, 15 febbraio 2019, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 296 ss. (con nota di A. COLARUOTOLO, *Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L’inerzia ingiustificata del prestatore dei servizi di fonte di responsabilità civile e risarcitoria*, secondo il quale – p. 328 – «la legislazione vigente costituisce un freno all’elaborazione di ulteriori classificazioni categoriali degli intermediari online oltre la classica tripartizione dei prestatori dei servizi della società dell’informazione [...], il cui superamento per via interpretativa rischia di incidere negativamente sulla stabilità del diritto»), e in *Dir. int.*, 2019, p. 315 ss. (con commento di G. CASSANO, *Un precedente di responsabilità del social network per attività abusiva di linking*), secondo cui «la dimostrazione dell’effettiva conoscenza dei contenuti illeciti da parte del provider rende [...] del tutto irrilevante verificare se l’attività svolta da quest’ultimo sia riconducibile alla figura dell’*hosting provider* attivo ovvero a quella dell’*hosting provider* passivo».

<sup>49</sup> V., per esempio, Trib. Roma, 10 gennaio 2019, in *Dir. ind.*, 2019, p. 387 ss., con nota di M. IASELLI, *I contorni della responsabilità dell’hosting provider attivo*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 671 ss., con nota di C. LEANZA, *La responsabilità dell’hosting provider per violazione del diritto d’autore*, e in *Dir. int.*, 2019, p. 129 ss., con commento di G. CASSANO e A.M. ROVATI, *La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d’autore altrui*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 3 s.

<sup>50</sup> Essendo da tempo la casistica italiana non concernente il *content provider* in assoluta prevalenza riferita all’attività di *hosting* oppure, al limite, a quella di *caching*, piuttosto che a quella di *mere conduit*. Per ulteriori riferimenti, v. M. TESCARO, *Sub artt. 14, 15 e 16 d.lgs. n. 70 del 2003*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2013, p. 1336 ss.

<sup>51</sup> V., *ex multis*, Trib. Roma, 15 febbraio 2019, cit.; Trib. Milano, 18 giugno 2018, in *Il Caso.it* e in *De-*



fermarsi, in diritto italiano, come già chiarito, per il solo *content provider* (in quanto tale, propriamente “attivo”) <sup>52</sup>.

5. – Alla luce delle riflessioni svolte, lo scrivente non condivide le sia pure ampiamente prevedibili <sup>53</sup> due conclusioni fondamentali cui è giunta la Cassazione nella sentenza n. 7708 del 2019 <sup>54</sup>.

La fattispecie concreta sia atteggia come segue. Sulla sezione video del portale *Yahoo!*, in cui è consentita la condivisione di contenuti audio e video da parte degli utenti, risultano gratuitamente reperibili, sia pure in associazione a messaggi pubblicitari, frammenti video di varie trasmissioni i cui diritti di sfruttamento economico spettano a Reti Televisive Italiane s.p.a. (RTI), la quale utilizza i medesimi contenuti, tra l’altro, su varie pagine web proprie. RTI diffida pertanto *Yahoo! Italia* s.r.l. a rimuovere i filmati e successivamente conviene in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, la medesima *Yahoo! Italia* s.r.l. (nonché *Yahoo! INC*), sperando tutela inibitoria e risarcitoria. Il Tribunale di Milano <sup>55</sup> sostanzialmente accoglie entrambe le domande verso *Yahoo! Italia* s.r.l. (non anche verso *Yahoo! INC*), ragionando di un *hosting provider* «attivo» come tale sottoposto al regime comune della responsabilità civile. La Corte d’appello di Milano <sup>56</sup>

---

*Jure*; Trib. Napoli, 3 novembre 2016, in *Dir. inf. inf.*, 2017, p. 243 ss., con nota di M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone)*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, cit.; Trib. Torino, ord. 3 giugno 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 6 s. Tale conclusione apre, peraltro, il complicato problema della precisazione del livello di specificità che dovrebbe caratterizzare le segnalazioni di parte, al fine di far scattare la responsabilità del *provider* che rimanga inerte: sulle possibili soluzioni in argomento (su quella da ultimo adottata da Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., ci soffermeremo tra breve nel testo) cfr., in dottrina, tra i tanti, S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 419 s.; A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell’impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 417 s., ove anche ulteriori riferimenti.

<sup>52</sup> V. L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1268; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell’internet provider*, cit., p. 2591 ss.

<sup>53</sup> Anche chi scrive, pur auspicando diverse soluzioni, aveva infatti da tempo previsto che la giurisprudenza italiana avrebbe continuato ad attestarsi su quella linea: M. TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 2601 ss.

<sup>54</sup> Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

<sup>55</sup> Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 835 ss., con nota di A. SARACENO.

<sup>56</sup> App. Milano, 7 gennaio 2015, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1245 ss., con commento di L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’hosting provider*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 811 ss., con nota critica di E. BASSOLI, *Il diritto d’autore e la responsabilità del provider: evoluzioni tecniche e giurisprudenziali nell’appello Yahoo vs. RTI*; in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 166 ss., con nota critica di M. IASELLI, *Caso Yahoo!*



ribalta però poi tale decisione, considerando *Yahoo! Italia s.r.l.* mero *hosting provider* – non “attivo”, categoria quest’ultima secondo la Corte d’appello «oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente»<sup>57</sup> – come tale non responsabile degli illeciti eventualmente commessi dai suoi utenti nel caso di specie<sup>58</sup>.

Si giunge per questa via alla citata sentenza della Cassazione, la quale in primo luogo conclude che «l’*hosting provider* attivo è il prestatore dei servizi della società dell’informazione il quale svolge un’attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell’illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni».

In relazione a questa prima massima, la criticità è prevalentemente teorica, non comportando la condivisione da parte della Cassazione dell’assai discutibile<sup>59</sup> – ma

---

*Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell’operato dell’Internet Provider; e in Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali. Profili applicativi nei social networks*, a cura di MI. BIANCA, A. GAMBINO e R. MESSINETTI, cit., p. 73 ss., con commento di D. MULA, *La responsabilità del portale*. V. anche E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 86, il quale ha considerato la posizione assunta dalla citata pronuncia una «suggerimento di breve durata [...] destinata a restare minoritaria».

<sup>57</sup> Sulla stessa linea di pensiero, v. anche, tra le altre, Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Danno e resp.*, 2018, p. 87 ss., con commento di V. VOZZA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*.

<sup>58</sup> Come sottolinea, tra gli altri, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1044 s. (il quale rammenta anche l’art. 2, 1° co., della l. 29 maggio 2017, n. 71, ove, in tema di tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyberbullismo*, si disciplina una «istanza per l’oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi [...] dato personale del minore, diffuso nella rete internet» concernente talune condotte «da identificare espressamente tramite relativo URL [*Uniform resource locator*]»), la Corte d’appello di Milano giunge, però, a questa conclusione ritenendo che la responsabilità dell’*hosting provider* scatti a seguito di una comunicazione non necessariamente dell’autorità, ma anche solo di un soggetto privato, purché peraltro tale comunicazione permetta al prestatore di identificare senza margini di errore il contenuto da rimuovere, ciò che potrebbe dirsi solo essendo indicato il relativo URL (che nel caso di specie mancava). Su una simile linea di pensiero, v. anche Trib. Torino, ord. 3 giugno 2015, cit.; Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit.

<sup>59</sup> Non sembrando, tra l’altro, esatto quanto sostenuto da Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit. in merito alla posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea, ovvero sia che «la giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell’Unione europea ha accolto la nozione di “*hosting provider* attivo”» e che «detta nozione può ormai ritenersi [...] un approdo acquisito in ambito comunitario». A sostegno di tali affermazioni, sono infatti citate – in aggiunta a CGUE, Grande Sezione, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 e C-238/08, cit., e CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, cit., già considerate *supra*, nt. 9, 13 e 42 – soprattutto CGUE, 11 settembre 2014, C-291/13, in *www.curia.eu*, e CGUE, 7 agosto 2018, C-521/17, *ivi* (e in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, fasc. n. 1/2019, p. 249, con nota di T. SCANNICCHIO e N.A. VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l’eterno ritorno dell’hosting attivo*), le quali però, a differenza di quanto affermato dalla Cassazione, non impiegano mai l’espressione «*hosting provider* attivo», bensì semplicemente sottolineano che le limitazioni di responsabilità previste dalla disciplina europea

# JUS CIVILE



dotato di crescente approvazione anche dottrinale<sup>60</sup> – concetto di *hosting provider* “attivo”<sup>61</sup> alcuna conseguenza per il caso di specie, in cui la Suprema Corte comunque ravvisa, sotto questo profilo non in contrasto con la Corte d’appello, un’attività meramente “passiva”.

In secondo luogo, con riguardo all’*hosting provider* (vero e proprio, cioè appunto) “passivo”, la Cassazione conclude che «la responsabilità dell’*hosting provider*, prevista dall’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell’illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) sia ragionevolmente constatabile l’illiceità dell’altrui condotta, onde l’*hosting provider* sia in colpa grave<sup>62</sup> per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la pos-

---

sul commercio elettronico non sono applicabili al prestatore (non denominato *hosting provider*, vale la pena di ripetere) che «svolga un ruolo attivo». La sentenza della Cassazione, per rafforzare l’interpretazione preferita, anche se «non si vede come un’opinione *de iure condendo* possa influenzare una decisione fondata sul diritto positivo» (così, del tutto condivisibilmente, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1047, nt. 70), si spinge a menzionare pure la proposta – COM (2016) 593 – di quella che è poi divenuta la dir. UE 2019/790, sul significato che dovrebbe peraltro attribuirsi alla quale ci soffermeremo *infra* nel testo, par 10.

<sup>60</sup> V., da ultimo, E. TOSI, *La disciplina applicabile all’hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d’autore, tra speciale irresponsabilità dell’ISP passivo e comune responsabilità dell’ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., p. 265, il quale parla, con riguardo a tale concetto atipico, di una «condivisibile necessità». Per dettagliati riferimenti all’opposto orientamento, v., però, L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1046 s., il quale lo considera «minoritario in giurisprudenza ma ampiamente condiviso in dottrina».

<sup>61</sup> Concetto, questo, che la Cassazione tenta di chiarire elencando a titolo esemplificativo alcuni «indici di interferenza», così finendo peraltro «per assegnare un’ampia discrezionalità al giudice di merito circa la qualificazione di un *hosting provider* come attivo o passivo» (F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2079). La dimostrazione della natura attiva e non semplicemente passiva del *provider* dovrebbe essere a carico del danneggiato: in tal senso, v. L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1048 s., il quale peraltro non esclude che possa ipotizzarsi una inversione dell’onere della prova in sfavore del *provider* sulla base del principio di vicinanza della prova.

<sup>62</sup> Secondo la Cassazione, più precisamente, l’aggettivo «manifesta» di cui alla lett. a del 1° co. dell’art. 16 del d. lgs. n. 70 del 2003, «vale, in sostanza, a circoscrivere la responsabilità del prestatore alla fattispecie della colpa grave o del dolo: se l’illiceità deve essere “manifesta”, vuol dire che sarebbe possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell’esperienza e della conoscenza tipiche dell’operatore del settore e della diligenza professionale da lui esigibile, così che non averlo fatto integra almeno una grave negligenza dello stesso». Sempre secondo la Cassazione, «in caso contrario, in presenza di una situazione di “non manifesta” illiceità, nel senso ora indicato, in capo al prestatore del servizio resterà il solo obbligo di informarne le competenti autorità (la cd. *notice*)».



sibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere», precisando infine che «resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, in riferimento al profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, oppure sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo *URL*, alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti»<sup>63</sup>.

In tal modo troviamo ribadito, per la prima volta anche nella giurisprudenza di legittimità, il già menzionato orientamento di merito che considera il *provider* che pure svolga attività di vero e proprio *hosting* tenuto a rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti sulla base di semplici segnalazioni di parte<sup>64</sup>. La Suprema Corte compie però una simile operazione ermeneutica senza confrontarsi né con le due importanti differenze di formulazione – soprattutto l'assenza della disgiuntiva “o” – che come sappiamo l'art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003 presenta rispetto all'art. 14, co. 1, della dir. 2000/31/CE, né con il collegato co. 3 dell'art. 17 del citato d.lgs., ciò che è assai criticabile, essendo così vari e concordanti riferimenti letterali della normativa italiana sostanzialmente abrogati in via interpretativa<sup>65</sup>, senza che nemmeno siano loro dedicate specifiche argomentazioni<sup>66</sup>.

La sentenza in esame contiene peraltro anche talune riflessioni pregevoli, quali un condivisibile inquadramento di fondo della responsabilità del *provider* «nella tradiziona-

---

<sup>63</sup> Per l'orientamento dottrinale, cui la pronuncia della Cassazione sembra essersi allineata, che, in merito alla valutazione dell'effettiva conoscenza, da parte del *provider*, dell'illiceità dei materiali trasmessi, adotta un approccio plurifattoriale e contestuale, v. M. RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, in *Dir. ind.*, 2013, I, p. 244 ss.; A. COLARUOTOLO, *op. cit.*, p. 330.

<sup>64</sup> Per un'interessante tesi dottrinale la quale (sia pure partendo – a differenza della sentenza in esame – dalla fondamentale premessa della disapplicazione della normativa interna italiana, considerata in contrasto con quella europea, come già segnalato *supra*, nt. 27) si è in tempi recenti posta su una linea di pensiero simile a quella poi fatta propria dalla sentenza in esame, v. F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 500 ss.

<sup>65</sup> L'interpretazione che R. PANETTA, *op. cit.*, p. 278, definisce «a dir poco additiva» pare a chi scrive piuttosto *contra legem*.

<sup>66</sup> Tali non potendosi dire né il cenno – presente al punto 5.10 della sentenza in esame – alla «comunicazione delle autorità competenti» di cui alla lett. b) del 1° dell'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 (cenno che comunque avrebbe dovuto essere messo in relazione sia con l'assenza nella medesima previsione della disgiuntiva “o” sia con la particolare formulazione del co. 3 dell'art. 17) né la menzione – presente sempre al punto 5.10 della sentenza – del considerando n. 46 della direttiva 2000/31/CE (considerando che sembra a chi scrive andare in direzione opposta a quella preferita dalla Cassazione, specialmente se lo si legga in combinazione con il successivo considerando n. 48: v. *supra*, nt. 28).



le teoria della condotta illecita»<sup>67</sup> e una in linea di principio interessante sottolineatura della sua diligenza non ordinaria ma professionale<sup>68</sup>.

Rimane però il fatto che la Cassazione ha fundamentalmente avallato lo spostamento della posizione dell'*hosting provider* da un'area intermedia tra l'esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa senz'altro in quest'ultimo ambito<sup>69</sup> (anche se non oltre, venendo in rilievo una colpa – grave ma soprattutto – non presunta<sup>70</sup>), ponendosi così in contrasto con il d.lgs. n. 70 del 2003<sup>71</sup>. Chi scrive pertanto auspica, fintantoché la

---

<sup>67</sup> La sentenza in esame ragiona, in relazione al prestatore “attivo”, di un «concorso mediante condotta attiva nell'illecito» altrui e del rimprovero all'*hosting provider* “passivo”, cui è posta in capo dalla legge «una cd. posizione di garanzia» (riferimento, questo, che, secondo A.M. ROVATI, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, cit., p. 285, nt. 16, evocherebbe la responsabilità da contatto sociale, richiamata espressamente, nella giurisprudenza di merito, da Trib. Roma, 10 gennaio 2019, cit., ma in relazione alla quale F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. ZORZI GALGANO, Milano, 2019, p. 394, parla di una «artificiosa costruzione»; più in generale su questo assai controverso istituto, cfr., tra i tanti, con diverse posizioni, almeno C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts [La resistibile ascesa del «contatto sociale»]*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.), di «una condotta commissiva mediante omissione, per avere [...] concorso nel comportamento lesivo altrui a consumazione permanente, non avendo provveduto alla rimozione del dato informatico o al blocco dell'accesso». Interessante è anche il punto della sentenza in cui si rammenta il «principio generale, secondo cui la responsabilità omissiva presuppone che sia all'autore possibile e che sia utile attivarsi».

<sup>68</sup> In dottrina, sul punto, v. ampiamente già T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 253 ss., 294 ss. e 314 ss.

<sup>69</sup> Cfr. L. TORMEN, *op. cit.*, p. 1048, ove si rileva criticamente che, nella sentenza in esame (la quale, in una parte su cui non ci siamo soffermati in questa sede, ammette ordini inibitori concernenti violazioni future; profilo, questo, su cui cfr., nella giurisprudenza di merito recente, Trib. Milano, decr. 4 marzo 2019, e Trib. Milano, ord. 12 aprile 2018, in *Dir. int.*, 2019, p. 105 ss., con commento di L. MOLINARIO, *L'ingiunzione dinamica come strumento di tutela del diritto d'autore on-line*; nonché, in dottrina, S. LAVAGNINI, *op. cit.*, p. 420 ss.), «nei confronti dell'*hosting provider* passivo si attua una linea rigoristica: vengono invero sposati pressoché tutti gli orientamenti maggiormente restrittivi».

<sup>70</sup> Affermandosi nella sentenza che «spetta all'attore titolare del diritto leso allegare e provare, a fronte dell'inerzia dell'*hosting provider*, la conoscenza di questi in ordine all'illecito compiuto dal destinatario del servizio, indotta dalla stessa comunicazione del titolare del diritto leso o *aliunde*, nonché di indicare gli elementi che rendevano manifesta detta illiceità; assolto tale onere, l'inerzia del prestatore integra di per sé la responsabilità, a fronte dell'obbligo di attivazione posto dal menzionato d.lgs. n. 70 del 2003, art. 16, restando a carico del medesimo l'onere di provare di non aver avuto nessuna possibilità di attivarsi utilmente, possibilità che sussiste se il prestatore è munito degli strumenti tecnici e giuridici per impedire le violazioni (ad es., per il potere di autotutela negoziale al medesimo concesso in forza del contratto concluso con il destinatario del servizio)». Per una simile posizione, v. anche, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 3 novembre 2016, cit.

<sup>71</sup> Pure E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 265 e 269, ragiona al riguardo di una soluzione «non priva di forzatura del testo normativo».



normativa non sia modificata, un *revirement*, che è però del tutto improbabile<sup>72</sup>, considerato come lo *Zeitgeist* attuale – in Europa e così anche in Italia – sia sempre meno tollerante verso i *provider*<sup>73</sup> e come posizioni di politica del diritto sembrano trovare significativo spazio nelle sentenze anche di legittimità<sup>74</sup>.

6. – Tenendo sempre presente la nostra mappa iniziale sui diversi livelli di responsabilità, la disciplina in materia di *privacy* si spinge persino oltre nella direzione dell'aggravamento della posizione del danneggiante e al tempo stesso della crescente tutela dei titolari di taluni diritti (susceptibili di lesione *on line* e) contrastanti con l'interesse del *provider* ad agire "irresponsabilmente", segnatamente appunto il diritto alla *privacy*.

Già l'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (poi abrogato dall'art. 27, co. 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), infatti, perfettamente in linea con la dir. 95/46/CE<sup>75</sup>, stabiliva, al 1° co., che «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile», ovvero «è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno». A prescindere dal fatto che il richiamo all'art. 2050 c.c. sembra da spiegare «al fine di privilegiare la vittima con l'inversione dell'onere della prova, e non nel senso

---

<sup>72</sup> Lo pensa anche G. D'ALFONSO, *Anonimato in rete e responsabilità civile dell'hosting provider nella prospettiva de jure condendo*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 10 settembre 2019, p. 26.

<sup>73</sup> Come approfonditamente chiarito, da ultimo, sempre da G. D'ALFONSO, *op. cit.*, p. 4 ss. e 42 ss. Si tratta comunque di una tendenza evolutiva manifestatasi, sotto vari profili, da vari anni: cfr., tra i tanti, R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di network neutrality*, in *Dir. inf. inf.*, 2016, p. 519 s.; G. MERUZZI, *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in *AIDA*, 2014, p. 349 ss.

<sup>74</sup> Si pensi, con specifico riguardo a Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, cit., alla già rammentata – v. *supra*, nt. 59 – invocazione da parte di essa persino di (quella che al tempo era) una semplice proposta di direttiva. Cfr. anche G. STROMMILLO, *op. cit.*, c. 2071, ove, con riguardo alla sentenza in esame, si ragiona della testimonianza di «un acuto disagio circa il ruolo dell'*hosting provider* nella società dell'informazione e il suo regime di immunità c.d. incondizionata di derivazione europea».

<sup>75</sup> Il cui considerando n. 55 chiariva che, «in caso di violazione dei diritti delle persone interessate da parte del responsabile del trattamento, le legislazioni nazionali devono prevedere vie di ricorso giurisdizionale; [...] i danni cagionati alle persone per effetto di un trattamento illecito devono essere riparati dal responsabile del trattamento, il quale può essere esonerato dalla propria responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile, segnatamente quando dimostra l'esistenza di un errore della persona interessata o un caso di forza maggiore», e il cui art. 23 stabiliva che «gli Stati membri dispongono che chiunque subisca un danno cagionato da un trattamento illecito o da qualsiasi altro atto incompatibile con le disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva abbia il diritto di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito dal responsabile del trattamento» (par. 1) e che «il responsabile del trattamento può essere esonerato in tutto o in parte da tale responsabilità se prova che l'evento dannoso non gli è imputabile» (par. 2).



di qualificare pericolosa l'attività di chi tratta dati personali»<sup>76</sup>, le citate misure potevano ben consistere, alla luce della disciplina di dettaglio dettata in materia di *privacy* e del particolare atteggiarsi di ciascuna fattispecie concreta, in obblighi di sorveglianza o anche di ricerca di attività illecite del tipo di quelli che il 1° co. dell'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003 generalmente vieta che gravino sul provider "passivo". Non poteva nemmeno escludersi che, ai sensi della disciplina sulla *privacy*, si configurasse persino una responsabilità oggettiva, considerato come è prevalentemente interpretato, in dottrina, l'art. 2050<sup>77</sup>, anche se, con riguardo a tale previsione, la prospettiva della responsabilità per colpa presunta sembra a chi scrive più persuasiva<sup>78</sup>.

Il medesimo art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003, al 2° co., aggiungendo testualmente che «il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11», mirava poi semplicemente a precisare come, anche in caso di violazione delle regole in tema di modalità del trattamento e requisiti dei dati, fosse risarcibile pure il danno non patrimoniale, ovviamente, in linea con il più generale assetto della giurisprudenza italiana in materia, purché detto danno fosse allegato e provato dall'interessato<sup>79</sup>.

Oggi occorre peraltro riferirsi all'art. 82 del reg. UE 2016/679, ove si stabilisce che «chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento» (par. 1), distinguendosi le posizioni dei dan-

---

<sup>76</sup> M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1029, ove anche ulteriori riferimenti.

<sup>77</sup> V., tra gli altri, G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 683 ss.; F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 700 ss.; M. RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, dir. da G. FINOCCHIARO, Bologna, 2019, p. 786 s. V. anche F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 854, il quale ragiona di «un regime di responsabilità semi-oggettiva».

<sup>78</sup> V. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 715, secondo cui l'opposta tesi «contrasta con la previsione normativa che sancisce la responsabilità del soggetto sulla presunzione della sua condotta colposa (non avere adottato le idonee misure di prevenzione del danno)». V. pure, da ultimo, M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1056 s.

<sup>79</sup> In argomento, cfr., anche per ulteriori riferimenti, in dottrina, S. SICA, *op. ult. cit.*, p. 169, M. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 1030, e G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 665 ss.; nonché, nella giurisprudenza più recente, Cass., ord. 4 giugno 2018, n. 14242, in *Giur. it.*, 2019, p. 41 ss., con nota di S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento*.



neggianti<sup>80</sup> nel senso che «un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento», mentre «un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento» (par. 2), e soprattutto ribadendosi che «il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile» (par. 3), così evidentemente aggravando le responsabilità in esame rispetto al modello della comune responsabilità per colpa (non presunta).

L'interpretazione del riferimento, che a prima vista «sembra [...] una prova liberatoria»<sup>81</sup>, alla possibilità, per il soggetto che potrebbe essere chiamato al risarcimento, di dimostrare «che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile», non è però scontata<sup>82</sup>. Si potrebbe pensare che il regolamento, con il riferimento letterale all'imputabilità, intenda addirittura il nesso di causalità tra la condotta del titolare o del responsabile e il danno, ciò che renderebbe le responsabilità in esame senz'altro oggettive<sup>83</sup>, ma questa lettura non convince fino in fondo, in quanto finisce per svuotare di contenuto la previsione in esame<sup>84</sup>. Più persuasiva risulta allora la tesi che configura piuttosto una re-

---

<sup>80</sup> Al fine di alleggerire, rispetto a quella del titolare del trattamento, la posizione del responsabile del trattamento, «stante la sua peculiare posizione nei confronti del titolare» (E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 124). Per un approfondimento dottrinale sulle due diverse qualità giuridiche in parola, v. D. FARACE, *Il titolare e il responsabile del trattamento*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, Torino, 2019, p. 731 ss.

<sup>81</sup> E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*.

<sup>82</sup> Come sottolinea, tra gli altri, A. SPANGARO, *Il data breach tra obblighi di notifica e principio di auto-responsabilità*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 9 luglio 2018, p. 29 s.

<sup>83</sup> Su una simile linea di pensiero, v., da ultimo, E. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 260 s., cui «la qualificazione della responsabilità per trattamento illecito dei dati [...] in termini di responsabilità tendenzialmente oggettiva [...] pare senz'altro preferibile, anche nel quadro di una lettura sistematica del quadro complessivo del diritto delle nuove tecnologie, in cui la tendenziale oggettivazione del rischio nella società digitale è la regola e la responsabilità soggettiva – per colpa o dolo – degrada ad eccezione»; nonché F. BRAVO, *Riflessioni critiche sulla natura della responsabilità da trattamento illecito di dati personali*, in *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., p. 390 ss. e 414 ss.

<sup>84</sup> V. E. LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 125, ove si accenna pure l'ipotesi interpretativa secondo cui il riferimento all'imputabilità sarebbe da intendere in senso strettamente letterale, e cioè riguarderebbe il criterio di cui all'art. 2046 c.c., pur scartandosi anche questa tesi, sempre per il motivo che si tratterebbe di una interpretazione che, affermando un'ovvietà, svuoterebbe di contenuto la previsione in esame. La tesi da ultimo considerata sembra, comunque, da scartare anche, e soprattutto, in quanto metodologicamente discu-



sponsabilità aggravata (o per colpa presunta)<sup>85</sup>, l'esonero dalla quale dipende da una condotta attiva dell'agente, secondo un modello simile a quello contenuto, per esempio (ma non solo), negli artt. 2047, 1° co., e 2048, 3° co., c.c.<sup>86</sup>.

In ogni caso, la disciplina in discorso sembra, con riguardo tanto alla risarcibilità del danno sia patrimoniale sia non patrimoniale<sup>87</sup> quanto (perlomeno se si condividono le riflessioni appena svolte) al criterio di attribuzione della responsabilità per violazione della *privacy*, porsi in linea di tendenziale continuità con l'art. 23 della dir. 95/46/CE e al tempo stesso con l'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003<sup>88</sup>.

7. – Occorre ora verificare se vi siano riferimenti normativi che potrebbero essere intesi andare persino nella direzione – tenendo sempre a mente la nostra mappa iniziale sui diversi livelli di responsabilità – della minima tutela del *provider* e corrispondentemente della massima tutela di taluni diritti suscettibili di lesione *on line*, segnatamente il diritto alla *privacy*.

Sofferamoci dunque sull'assai controversa questione dei c.d. danni punitivi o per meglio dire del risarcimento punitivo<sup>89</sup>, ovvero sulla idea di fondo, di matrice statuni-

---

tibile, essendo ormai chiaro come l'interprete chiamato a cogliere il significato di una disciplina dell'Unione europea debba modificare o perlomeno adattare la propria prospettiva consueta, evitando di limitarsi a considerare il punto di vista delle proprie disposizioni nazionali e delle relative formulazioni: sul punto v., per tutti, C. BALDUS e T. RAFF, *Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, in M. GEBAUER e C. TEICHMANN (a cura di), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Baden-Baden, 2016 (su cui sia permesso rinviare alla mia recensione in *Contr. e impr./Europa*, 2016, p. 851 ss.), p. 212 ss. e, specialmente, 217 s.

<sup>85</sup> Per una simile posizione, v. M. GAMBINI, *op. ult. cit.*, p. 1058; nonché M. DE PAMPHILIS, *Il risarcimento del danno per illegittimo trattamento dei dati personali dopo il reg. UE 2016/679*, in *Giustiziacivile.com*, Approfondimento del 19 febbraio 2019.

<sup>86</sup> In tal senso, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*, il quale peraltro ragiona non di responsabilità aggravata, ma di responsabilità oggettiva (in favore dell'inquadramento delle fattispecie di cui agli artt. 2047 e 2048 c.c. come ipotesi di responsabilità per colpa presunta, v., però, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 692 ss.). Su questo dibattito, cfr. anche, in termini dubitativi, M. RATTI, *op. cit.*, p. 789.

<sup>87</sup> Sul quale cfr. ora il dettagliato studio di E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019, *passim*.

<sup>88</sup> Sembrano pensarlo anche S. SICA, *op. ult. cit.*, p. 166 ss. e specialmente 171 ss., nonché M. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 1029 ss. V. pure, *amplius*, M. GAMBINI, *op. ult. cit.*, p. 1048 ss., e G.M. RICCIO, *Sub art. 82 reg. UE 2016/679*, in *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. RICCIO, G. SCORZA ed E. BELISARIO, Milano, 2018, p. 596 ss., ove si approfondiscono altresì le più spiccate particolarità della nuova disciplina.

<sup>89</sup> Per le questioni terminologiche, sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, cit., p. 542.

# JUS CIVILE



tense, secondo cui la responsabilità civile potrebbe rivolgersi non solo a riparare o compensare i danneggiati dei pregiudizi effettivamente subiti, bensì anche a creare effetti di punizione e di deterrenza, nonché – sia pure indirettamente – di arricchimento dei danneggiati, i quali finirebbero per ricevere una somma maggiore, anche di molto, rispetto all’entità dei danni patiti<sup>90</sup>. Non mancano vari indici nel senso di una crescente apertura (*rectius*, minore chiusura) degli ordinamenti dell’Europa continentale verso questa prospettiva<sup>91</sup> (per quanto concerne l’Italia, basti pensare alla celebre sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 16601 del 2017, la quale ha indubbiamente comportato un *revirement*, sia pure a parere di chi scrive “moderato”<sup>92</sup>), ma essa rimane a detti ordinamenti, nel complesso (salve eccezioni), estranea, continuando un cospicuo orientamento ad associare l’opposta conclusione a «une mutation profonde de notre culture juridique», per non dire a «une dérive du système», e in ogni caso a «une révolution au sens copernicien du terme», ovverosia a «le retour à la confusion originaire de la réparation et de la répression que notre Droit a pourtant bannie»<sup>93</sup>.

Particolarmente interessante al riguardo è proprio l’esperienza giuridica della Francia, la quale sta valutando la percorribilità di una strada in qualche modo di compromesso, per tenere conto delle suggestioni di matrice statunitense senza mutare profondamente il suo consolidato assetto della responsabilità civile. Si allude al *Projet de réforme de la responsabilité civile* presentato dal Ministro della Giustizia francese il 13 marzo 2017, in seguito a un’ampia consultazione pubblica svoltasi da aprile a luglio 2016, nel cui art. 1266-1 è generalizzata l’*amende civile*, strutturata però, sotto vari profili, in modo assai differente<sup>94</sup> rispetto ai *punitive damages* statunitensi<sup>95</sup>. Il citato articolo prevede te-

---

<sup>90</sup> V., anche per ulteriori riferimenti, M. TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a punitive damages*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2017, p. 539 ss.

<sup>91</sup> V., per esempio, A. VIGNON-BARRAULT, *Les dommages et intérêts punitifs*, in *La réparation intégrale en Europe*, a cura di P. PIERRE e F. LEDUC, Bruxelles, 2012, p. 85, secondo cui «l’idée des dommages et intérêts punitifs creuse peu à peu son sillon en Europe».

<sup>92</sup> Sia consentito rinviare a M. TESCARO, *Das “moderate” Revirement des italienischen Kassations-hofs bezüglich der US-amerikanischen punitive damages-Urteile*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 459 ss.; ID., *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Europa*, 2017, p. 52 ss.

<sup>93</sup> P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, 2016, p. 10 s.

<sup>94</sup> Anche se non tutti lo sottolineano: cfr., per esempio, N. DISSAUX, *Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution*, in *AJ Contrat*, 2017, p. 205, ove si parla, al riguardo, della introduzione in Francia dei *dommages et intérêts punitifs*.

<sup>95</sup> In argomento, v., *amplius*, M. BEHAR-TOUCHAIS, *L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant à*

## JUS CIVILE



stualmente che «en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable».

Si tratta, in estrema sintesi, di un «parente stretto dell'*amende pénale*», che si ipotizza di generalizzare in presenza di violazioni lucrative e deliberate e che «ha la particolarità di essere pronunciata da un giudice civile, non penale»<sup>96</sup>, in occasione dell'azione risarcitoria portata avanti da una vittima (su domanda della vittima stessa oppure del pubblico ministero). Quanto alle modalità di calcolo dell'*amende civile* il cui ammontare non sia predeterminato, il citato progetto prevede che essa sia proporzionata, al tempo stesso, alla gravità della violazione commessa, al profitto che il suo autore ha lucrato così come alla capacità contributiva di quest'ultimo. Inoltre, si precisa che l'*amende civile* non è assicurabile e le si assegna il massimale del decuplo dell'ammontare del profitto o del 5% del fatturato annuo in Francia se l'autore è una persona giuridica<sup>97</sup>. Infine, l'*amende civile* non arricchisce mai la vittima (ecco la differenza fondamentale rispetto al normale assetto dei *punitive damages*), in quanto le somme versate a tale titolo sono attribuite sia a fondi di garanzia collegati al tipo di danno subito sia al Tesoro pubblico<sup>98</sup>.

---

*l'absence de dommages-intérêts contractuels?*, in *Petites affiches*, 20 novembre 2002, n. 232, p. 36; S. HOCQUET-BERG, *Caractère indemnitaire ou punitif des dommages-intérêts*, in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, a cura di B. DUBUISSON e P. JOURDAIN, Bruxelles, 2015, p. 227 ss.; M. BOUTONNET, C. SINTEZ, C. THIBIERGE, *Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile!*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2414; J.-S. BORGHETTI, *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 770.

<sup>96</sup>G. CATTALANO, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. e impr./Europa*, 2017, p. 23, ove si precisa anche che «essa esiste già nella procedura civile, o ancora in materia di intese restrittive della concorrenza, per le quali il giudice civile può condannare l'autore a restituire alla vittima il profitto realizzato, cui si applica un coefficiente moltiplicatore».

<sup>97</sup>Così G. CATTALANO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>98</sup>V. ancora G. CATTALANO, *ibidem*.



Nonostante che nella stessa Francia persista un non trascurabile orientamento dottrinale fermamente contrario persino a questa timida apertura verso un qualcosa di almeno in parte paragonabile ai *punitive damages* statunitensi<sup>99</sup>, la appena accennata strada dell'*amende civile* pare, tutto sommato, meritevole di attenta considerazione, in quanto, qualora davvero si ritenga necessaria un'evoluzione in senso punitivo della responsabilità civile dell'Europa continentale – ciò che non è peraltro sicuro, visto tra l'altro il rapporto *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*, pubblicato il 25 giugno 2019 da un gruppo di lavoro della Corte d'appello di Parigi<sup>100</sup> –, tale misura «potrebbe integrarsi nel nostro diritto meglio del risarcimento punitivo», poiché «essa bistratta meno le categorie giuridiche ed evita lo scoglio di azioni intraprese dalla vittima con il solo obiettivo di ottenere un guadagno dalla colpa del danneggiante»<sup>101</sup>.

Tutto ciò chiarito, venendo alla normativa europea in materia di *privacy*, le finalità della punizione e della deterrenza erano, nella dir. 95/46/CE, appena accennate, limitandosi il suo art. 24 (in linea con il considerando n. 55, la parte finale del quale genericamente precisava che «che sanzioni debbono essere applicate nei confronti di qualsiasi soggetto di diritto privato o di diritto pubblico che non rispetti le norme nazionali di attuazione della presente direttiva») a prevedere che «gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire la piena applicazione delle disposizioni della presente direttiva e in particolare stabiliscono le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva».

Nel reg. UE 2016/679, invece, dette finalità assumono un ruolo centrale, specialmente nell'art. 83, ove si stabilisce, nel par. 1, che «ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo in relazione alle violazioni del presente regolamento di cui ai paragrafi 4, 5 e 6 siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive», prevedendosi poi, nei paragrafi seguenti, gli

---

<sup>99</sup> V. N. RIAS, *L'amende civile, une fausse bonne idée?*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2072; V. E. DREYER, *L'amende civile concurrente de l'amende pénale?*, in *Juris-Classeur périodique, édition entreprise, étude* 1344, p. 31 ss.

<sup>100</sup> Ove, con specifico riguardo all'*amende civile*, si suggerisce – p. 10 del rapporto, reperibile in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr) – invece di «prévoir la possibilité pour le juge de prononcer, en cas de faute lucrative, des dommages et intérêts restitutoires, plutôt qu'une amende civile, laquelle présente des inconvénients notamment en termes d'attractivité et d'articulation avec les droits spéciaux; à titre subsidiaire, modifier la rédaction de l'article 1266-1 afin d'en limiter les inconvénients en termes d'attractivité (réduction du plafond, demande réservée au seul parquet, attribution au Trésor public exclusivement) et de l'écartier expressément quand une autre sanction pécuniaire est prévue».

<sup>101</sup> G. CATTALANO, *op. cit.*, p. 27.

# JUS CIVILE



elementi – alcuni dei quali identici o simili a quelli già considerati in relazione all’*amende civile* – di cui tenere conto nella decisione se infliggere le citate sanzioni<sup>102</sup>, e anche massimali differenziati a seconda delle ipotesi ma comunque tali da assicurare, prevedibilmente, una notevole efficacia al tempo stesso punitiva e dissuasiva (aggiungendosi, nel par. 8, che «l’esercizio da parte dell’autorità di controllo dei poteri attribuiti dal presente articolo è soggetto a garanzie procedurali adeguate in conformità del diritto dell’Unione e degli Stati membri, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo»)<sup>103</sup>.

Nonostante quest’ultima precisazione<sup>104</sup>, le sanzioni di cui all’art. 83 del reg. UE

---

<sup>102</sup> V. il par. 2, ove si prevede che «le sanzioni amministrative pecuniarie sono inflitte, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, in aggiunta alle misure di cui all’articolo 58, paragrafo 2, lettere da a) a h) e j), o in luogo di tali misure. Al momento di decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e di fissare l’ammontare della stessa in ogni singolo caso si tiene debito conto dei seguenti elementi: a) la natura, la gravità e la durata della violazione tenendo in considerazione la natura, l’oggetto o a finalità del trattamento in questione nonché il numero di interessati lesi dal danno e il livello del danno da essi subito; b) il carattere doloso o colposo della violazione; c) le misure adottate dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento per attenuare il danno subito dagli interessati; d) il grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto ai sensi degli articoli 25 e 32; e) eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento; f) il grado di cooperazione con l’autorità di controllo al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi; g) le categorie di dati personali interessate dalla violazione; h) la maniera in cui l’autorità di controllo ha preso conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha notificato la violazione; i) qualora siano stati precedentemente disposti provvedimenti di cui all’articolo 58, paragrafo 2, nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in questione relativamente allo stesso oggetto, il rispetto di tali provvedimenti; j) l’adesione ai codici di condotta approvati ai sensi dell’articolo 40 o ai meccanismi di certificazione approvati ai sensi dell’articolo 42; e k) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione».

<sup>103</sup> Su tali previsioni, v. G. MULAZZANI, *Le sanzioni amministrative in materia di protezione dei dati personali nell’ordinamento europeo ed in quello nazionale*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, dir. da G. FINOCCHIARO, cit., p. 791 ss.; S. ANTONIAZZI, *Le sanzioni amministrative*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D’ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1093 ss.

<sup>104</sup> E nonostante la precisazione (concernente peraltro, prevedibilmente, ben pochi Paesi: v. infatti il considerando n. 151, ove sono al riguardo menzionate solo Danimarca ed Estonia) di cui al par. 9, ai sensi del quale «se l’ordinamento giuridico dello Stato membro non prevede sanzioni amministrative pecuniarie, il presente articolo può essere applicato in maniera tale che l’azione sanzionatoria sia avviata dall’autorità di controllo competente e la sanzione pecuniaria sia irrogata dalle competenti autorità giurisdizionali nazionali, garantendo nel contempo che i mezzi di ricorso siano effettivi e abbiano effetto equivalente alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità di controllo. In ogni caso, le sanzioni pecuniarie irrogate sono effettive, proporzionate e dissuasive. Tali Stati membri notificano alla Commissione le disposi-



2016/679 sono assai diverse persino dall'interessante modello di compromesso tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* integrato dalla proposta francese di generalizzazione dell'*amende civile*, per il motivo fondamentale che il potere di infliggere dette sanzioni spetta non al giudice, ma all'autorità amministrativa di controllo (ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. i, del regolamento).

Possiamo dunque concludere che le esigenze della punizione e della dissuasione sono ben considerate nel regolamento (oltre che nel d.lgs. n. 101 del 2018, non mancando vere e proprie sanzioni penali<sup>105</sup>), escludendosi peraltro il rischio di un arricchimento dei danneggiati (cui non sono destinate le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 83, come del resto nemmeno l'*amende civile*) e rispettandosi massimamente il consolidato assetto dell'Europa continentale, ove la responsabilità civile continua a servire, salve eccezioni, essenzialmente a riparare o compensare i danneggiati dei pregiudizi effettivamente subiti<sup>106</sup>.

**8.** – Il caso italiano più interessante in materia di rapporto tra la disciplina sulla responsabilità del *provider* e quella sulla *privacy* è la controversia *Google* contro *Vivi Down*, i cui passaggi fondamentali è ora opportuno ripercorrere, con l'avvertimento preliminare che si tratta di una ipotesi di responsabilità penale, però con risvolti rilevanti anche per la responsabilità civile<sup>107</sup>.

---

zioni di legge adottate a norma del presente paragrafo al più tardi entro 25 maggio 2018 e comunicano senza ritardo ogni successiva modifica».

<sup>105</sup> Sul punto, v. V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1184; nonché, *amplius*, V. MANES e F. MAZZACUVA, *Le disposizioni penali*, in *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, dir. da G. FINOCCHIARO, cit., p. 819 ss.; C. CUPELLI e F. FICO, *I riflessi penalistici del Regolamento UE 2016/679 e le nuove fattispecie di reato previste nel Codice privacy dal d.lgs. n. 101/2018*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 1107 ss. Cfr. altresì, nella giurisprudenza recente, Trib. Bologna, 10 gennaio 2019, in *Dir. int.*, 2019, p. 365 ss., con commento di A. SANTANGELO, *Il trattamento illecito di dati all'indomani del Regolamento privacy. Prime ipotesi applicative*.

<sup>106</sup> Sebbene non manchino letture (anche assai) diverse, proprio questo, a parere di chi scrive, è, tra l'altro, il significato fondamentale da attribuire alla già rammentata Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, p. 419 ss., su cui sia da ultimo consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, in corso di stampa.

<sup>107</sup> V. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 723, secondo cui, appunto, «la disamina di tale caso è massimamente rilevante anche ai fini del discorso in tema di responsabilità aquiliana dell'intermediario, poiché viene in rilievo il nodo cruciale del rapporto tra le due discipline di

# JUS CIVILE



La fattispecie concreta, in estrema sintesi, concerne l’inserimento e la diffusione sulla piattaforma web *Google Video* di un filmato in cui un minore disabile e l’associazione *Vivi Down* che di lui si prende cura sono insultati e derisi da altri minori all’interno di un’aula scolastica<sup>108</sup>.

In primo grado, il Tribunale di Milano decide che «risponde del delitto di trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. n. 196 del 2003) il gestore di un *Internet Service Provider* che, al fine di trarne profitto e recando nocimento alla persona interessata, diffonde in internet dati personali [...] senza fornire agli utenti una corretta e puntuale informazione circa il rispetto delle prescrizioni normative concernenti il trattamento di tali dati e, in particolare, dell’obbligo di assunzione del consenso dell’interessato»<sup>109</sup>.

A questa conclusione, cioè alla configurabilità addirittura della responsabilità penale di cui all’art. 167 del d.lgs. n. 196 del 2003 in capo a un *hosting provider* – *rectius*, alle persone fisiche che rivestono in esso ruoli apicali – gestore di una piattaforma web in cui gli utenti caricano i loro filmati, il Tribunale di Milano giunge affermando, tra l’altro, che «non può esservi dubbio, a parere di chi scrive, che non esista, in materia, una zona franca (da un punto di vista oggettivo) che consenta ad un qualsiasi soggetto (persona fisica o meno che sia) di ritenersi esente dall’obbligo di legge, nel momento in cui venga, in qualsiasi modo, in possesso di dati sensibili: trattamento di dati è qualsiasi comportamento che consenta ad un soggetto di “apprendere” un dato e di mantenerne il possesso, fino al momento della sua distruzione. [...] In questo senso a poco vale la distinzione [...] tra *host provider* e *content provider*: il proprietario o il gestore di un sito web che compia anche solo una di tali attività prima indicate si trova senza possibilità di dubbio nella scomoda posizione di chi “tratti” i dati che gli vengono consegnati e che lui gestisce e, quantomeno, diffonde nell’esteso mondo di internet. Senza dubbio il *content provider* (e cioè il “gestore-produttore di contenuti”) è in una posizione ancora più delicata, perché, in qualche modo, contribuisce a creare o comunque a far propri dei dati dallo

---

settore (rispettivamente previste dal d.lgs. n. 196 del 2003 e dal d.lgs. n. 70 del 2003)». Cfr. anche F. DI CIOMMO, *op. ult. cit.*, p. 833 s.

<sup>108</sup> Per maggiori dettagli, v., tra i tanti, G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, p. 645 ss.

<sup>109</sup> Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Corr. mer.*, 2010, p. 960 (con commento di L. BEDUSCHI, *Caso Google: libertà d’espressione in internet e tutela penale dell’onore e della riservatezza*; e in *Giur. mer.*, 2010, p. 2219 ss., con commento di V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider [e del giudice]*), ove è leggibile la massima appena riportata nel testo, assieme alla seguente: «stante l’assenza di un obbligo giuridico gravante sul provider di impedire l’evento diffamatorio, non è configurabile un concorso omissivo nel delitto di diffamazione aggravata (artt. 40, comma 2, 595, commi 1 e 3, c.p.) da parte del gestore di un *Internet Service Provider* nell’ipotesi di contenuti diffamatori immessi in rete dagli utenti».

## JUS CIVILE



stesso gestiti, ma [...] anche l'*host provider* (e cioè il mero intermediario) non è esente da comportamento oggettivamente inquadabile nella norma, attesa la sua funzione, quantomeno, di diffusore di dati raccolti».

Il medesimo Tribunale aggiunge poi che, «nel caso in esame, se è ben vero che un *hoster* attivo [...] ha sicuramente più elementi per poter riconoscere l'esistenza di un reato commesso da un singolo *uploader*, ed ha inoltre, sicuramente degli obblighi che la legge gli impone per il trattamento dei dati sensibili dei soggetti che vengono “caricati” sul suo sito web, è altrettanto vero che non può essere imposto (perché irrealizzabile) allo stesso un obbligo generale e specifico di controllo su tutti i dati “sensibili” caricati [...]; quello che, come si è detto, è imponibile allo stesso è un obbligo di corretta informazione agli utenti dei conseguenti obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli (oltre che, naturalmente, l'obbligo di immediata cancellazione di quei dati e di quelle comunicazioni che risultassero correttamente segnalate come criminose) [...]».

Tale giudice sembra pertanto ritenere che un *hosting provider* (sia pure considerato “attivo”), pur non assumendo un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza (ciò che, del resto, il 1° co. dell'art. 17 del d.lgs. n. 70 del 2003 inequivocabilmente nega che possa assumere), debba considerarsi responsabile del trattamento dei dati personali di terzi presenti all'interno dei materiali caricati *on line* dai propri utenti, e dunque, in caso di lesione del diritto alla *privacy* di detti terzi, possa essere anch'esso chiamato a risponderne (oltre che penalmente, ricorrendo tutti i presupposti del delitto di cui all'art. 167 del d. lgs. n. 196 del 2003, a maggior ragione, anche) civilmente, non ai sensi della disciplina di favore di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, ma ai sensi di quella più gravosa di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (e oggi di cui all'art. 82 del reg. UE 2016/679). L'idea di fondo pare in altre parole essere che, sussistendo i presupposti applicativi sia della disciplina sul commercio elettronico sia di quella sulla *privacy*, la seconda prevale senz'altro sulla prima (secondo una prospettiva interpretativa già accennata *supra*, par. 1).

In secondo grado, però, sul punto in esame, è adottata una diversa decisione. La Corte d'appello di Milano – dopo avere precisato trattarsi di «una vicenda molto complessa, [...] perché attiene alla questione del governo di internet» – chiarisce innanzi tutto come «uno dei punti essenziali della vicenda processuale» sia capire se *Google Video* «possa essere considerato mero *host provider* o altro», riconoscendo «la sostanziale irresponsabilità del *provider*» che potrebbe discendere dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 70 del 2003, sostenendo peraltro che «oggi, i servizi offerti dall'*Ip* non si limitano al processo tecnico

## JUS CIVILE



che consente di attivare e di fornire l'accesso alla rete ma, come nel caso del *content provider*, arrivano ad offrire la possibilità di immettere contenuti propri o di terzi nella rete e dunque non possono non essere chiamati a rispondere secondo le comuni regole di responsabilità in materia di trattamento dei dati», richiamando anche, a tale ultimo proposito, la controversa figura dell'«*hosting* attivo» (pur ammettendo che essa «in realtà, non è presente in alcuna norma di legge»), e concludendo quindi che, in relazione al caso di specie, *Google Video* «non possa che essere qualificata quantomeno come un *hosting* attivo».

Ciò premesso, la Corte d'appello afferma che «va esclusa, anche per il prestatore di servizi che fornisca *hosting* attivo, la possibilità *ipso facto* di procedere ad una efficace verifica preventiva di tutto il materiale immesso dagli utenti», chiarendo che «tale comportamento non può essere ritenuto doveroso, in quanto non esigibile per la complessità tecnica di un controllo automatico e comunque, demandare ad un internet *provider* un dovere/potere di verifica preventiva, appare una scelta da valutare con particolare attenzione in quanto non scevra da rischi, poiché potrebbe finire per collidere contro forme di libera manifestazione del pensiero».

Per questa via – ecco il punto decisivo al fine di modificare la pronuncia di primo grado – si giunge ad affermare che «la responsabilità per il trattamento dei dati è legata al mancato adempimento di specifiche condizioni che rendono lecito l'uso di tali dati, ma tali condizioni non possono che essere messe in capo al titolare, al *controller* dei dati medesimi», e che «trattare un video non può significare trattare il singolo dato contenuto, conferendo ad esso finalità autonome e concorrenti con quelle perseguite da chi quel video realizzava».

Si comprende allora la massima della pronuncia, secondo cui «non sussiste alcun obbligo di impedimento dei reati commessi dagli utenti in capo ai responsabili di un *host provider*, anche se cd. attivo, giacché non vi è alcuna norma giuridica che gli imponga di scongiurare illeciti altrui, né poteri impeditivi idonei a svolgere efficacemente una tale attività. L'*host provider* che permette agli utenti di condividere video è responsabile del trattamento dei dati dell'*uploader*, non dei dati contenuti nel filmato caricato in rete, di cui resta titolare chi ha compiuto e condiviso le riprese»<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> App. Milano, 27 febbraio 2013, n. 8611, in *Corr. giur.*, 2013, p. 921 ss., con nota di E. FALLETTI, *Google v. Vivi Down, Atto II: il service provider assolto anche per violazione della privacy*; in *Giur. mer.*, 2013, p. 1577, con commenti di P. SILVESTRE, *La sempreverde tentazione di sostituirsi al legislatore*, e di F. RESTA, *Diritti individuali e libertà della rete nel caso Vivi Down*; in *Dir. inf. inf.*, 2013, p. 479 ss., sempre con nota di F. RESTA, *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google – Vivi*



Non si tratta, però, a differenza di quanto si potrebbe a prima vista sembrare, di un radicale ribaltamento della decisione di primo grado, cioè addirittura dell'affermazione che, nel caso in cui sussistano i presupposti applicativi sia della disciplina sul commercio elettronico sia di quella sulla *privacy*, la prima prevale senz'altro sulla seconda. La Corte d'appello ragiona piuttosto della «normativa sul commercio elettronico, che costituisce unitamente alla normativa sulla *privacy* un quadro giuridico coerente e completo, e che non può essere letta in modo alternativo ma integrato»<sup>111</sup>, lasciando così intendere come, in relazione al caso di specie, sia stata innanzi tutto valutata la possibilità di applicare la prima normativa, esclusa alla luce della presenza di un *provider* «attivo» (di *hosting* «attivo», secondo la sentenza; più esattamente, secondo la prospettiva qui sostenuta, *content provider*), essendosi poi presa in considerazione la seconda normativa, il ricorso pure alla quale è stato escluso, non potendosi considerare il *provider*, in quel particolare caso di specie, responsabile del trattamento dei dati di terzi contenuti nei materiali caricati *on line* dagli utenti. Non risultando invocabile né la normativa sul commercio elettronico né quella sulla *privacy*, qualora si fosse trattato di valutare la responsabilità civile del *provider*, lo si sarebbe dovuto fare, coerentemente con il ragionamento svolto dalla Corte d'appello, possiamo aggiungere noi, semplicemente alla luce dell'art. 2043 c.c.

La Cassazione, a sua volta investita della controversia, sostanzialmente conferma – sia pure senza precisare se la nozione di *hosting* attivo, che era parsa centrale nella sentenza della Corte d'appello, sia oppure non da condividere, limitandosi il Supremo Collegio a parlare di *Google* come di un «mero *Internet host provider*» – la decisione assunta in secondo grado, affermando «che l'attività svolta dal *provider*, anche secondo quanto dispone il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, consiste nell'offrire una piattaforma sulla quale i destinatari del servizio possono liberamente caricare i loro video senza che il gestore abbia alcun potere decisionale sui dati sensibili in essi inclusi, e, quindi, possa essere con-

---

*Down*; e in *Corr. mer.*, 2013, p. 766, con commento di A. INGRASSIA, *La decisione d'Appello nel caso Google vs Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*.

<sup>111</sup> In dottrina, si erano posti su una linea di pensiero di questo tipo G. SARTOR e M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit.*, p. 669, proponendo più precisamente di risolvere la questione «coordinando in via interpretativa, protezione dei dati e disciplina della responsabilità. I fornitori di piattaforme dovrebbero essere pienamente responsabili (senza alcuna esenzione) quando elaborano dati personali sugli utenti che essi hanno richiesto agli utenti stessi o hanno estratto dall'attività on-line di quelli (questi dati dovrebbero essere soggetti a tutte le norme sulla protezione dei dati); al contrario, i provider dovrebbero essere esonerati da responsabilità quando elaborino contenuti caricati dagli utenti e contenenti informazioni su terzi. I provider che indicizzano e rendono disponibili contenuti prodotti e caricati dagli utenti non svolgono infatti il ruolo di titolari del trattamento; essi sono meri responsabili che eseguono le richieste degli utenti (solo questo dovrebbe infatti essere il ruolo fisiologico dell'*host provider* rispettoso delle scelte dell'utente)».



siderato titolare del trattamento degli stessi, finché non abbia l'effettiva conoscenza della loro illiceità, non incombendo a suo carico un obbligo generale di sorveglianza, di ricerca dei contenuti illeciti o di avvertimento della necessità di rispettare la disciplina sulla *privacy*», così concludendo che «non è configurabile il reato di trattamento illecito di dati personali a carico degli amministratori e dei responsabili di una società fornitrice di servizi di *Internet hosting provider* che memorizza e rende accessibile a terzi un video contenente dati sensibili [...], omettendo di informare l'utente che immette il file sul sito dell'obbligo di rispettare la legislazione sul trattamento dei dati personali, qualora il contenuto multimediale sia rimosso immediatamente dopo le segnalazioni di altrui utenti e la richiesta della polizia»<sup>112</sup>.

A tale esito la Cassazione giunge dopo aver chiarito, «ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi. In altri termini, finché il dato illecito è sconosciuto al *service provider*, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento, perché privo di qualsivoglia potere decisionale sul dato stesso; quando, invece, il *provider* sia a conoscenza del dato illecito e non si attivi per la sua immediata rimozione o per renderlo comunque inaccessibile esso assume a pieno titolo la qualifica di titolare del trattamento ed è, dunque, destinatario dei precetti e delle sanzioni penali del Codice *Privacy*. In via generale, sono, dunque gli utenti ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi ospitati nei servizi di *hosting* e non i gestori che si limitano a fornire tali servizi».

Tutto ciò è sostenuto dalla Cassazione – oltre che con un richiamo alle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 25 giugno 2013 alla Corte di Giustizia nel c.d. caso *Google Spain*<sup>113</sup>, peraltro poi disattese dalla stessa Corte di Giustizia, come verifichiamo subito *infra*, par. 9 – attraverso una lettura congiunta delle normative in tema di *pri-*

---

<sup>112</sup> Cass., (ud. 17 dicembre 2013) 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Giur. it.*, 2014, p. 2016 ss., con nota adesiva di A. MACRILLÒ, *Punti fermi della Cassazione sulla responsabilità dell'internet provider per il reato ex art. 167, D. Lgs. n. 196/03*; e in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 674 ss., con nota di M. DE GIORGI, *La tutela del minore non passa attraverso la condanna del provider Google*.

<sup>113</sup> Affermando testualmente la Cassazione che «la persona che può essere chiamata a rispondere delle violazioni delle norme sulla protezione dei dati è sempre il titolare del trattamento e non il mero *hosting provider*. Analoghe considerazioni vengono svolte, a proposito del fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, ai punti 84 e seguenti delle conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 25 giugno 2013 di fronte alla Corte di Giustizia nella causa C-131/12 [...], laddove si precisa, in particolare, che tale fornitore è riconducibile alla categoria dei titolari del trattamento di dati solo laddove incida direttamente sulla struttura degli indici di ricerca, ad esempio favorendo o rendendo più difficile il reperimento di un determinato sito».



vacy e di commercio elettronico (anche se, precisa la sentenza, la seconda normativa «viene [...] in rilievo [...] non in via diretta ma solo in via interpretativa, al fine di chiarire ulteriormente e confermare la portata che la disciplina in materia di *privacy* ha già di per sé»), ribadendosi che l'art. 1, co. 2, lett. b, del d.lgs. n. 70 del 2003 «non ha di per sé la funzione di rendere inoperanti comunque in ogni fattispecie che riguardi la materia della protezione dei dati personali le norme in materia di commercio elettronico», e che «l'applicazione delle norme in materia di commercio elettronico deve avvenire in armonia con le norme in materia di tutela dei dati personali»<sup>114</sup>.

9. – Esaminiamo ora il “nuovo” diritto all’oblio – considerato pure nell’art. 17 del reg. UE 2016/679<sup>115</sup> e nella giurisprudenza anche di legittimità italiana<sup>116</sup> –, soprattutto

---

<sup>114</sup> Contro tali affermazioni della Cassazione, v., però, F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 723 ss., il quale, ravvisando in esse «diversi errori di impostazione metodologica», sostiene che «richiedere in un soggetto la conoscenza effettiva del dato personale comunque raccolto e trattato [...] per far discendere sia la sussistenza della qualifica di titolare, sia gli obblighi connessi [...] significherebbe privare l’“interessato”, a cui i dati si riferiscono, delle più elementari esigenze di tutela afferenti a diritti fondamentali di rango costituzionale», ribadendo che «la disciplina in tema di protezione dei dati personali non richiede, per poter essere applicata, che il titolare abbia la concreta ed effettiva conoscenza dei singoli dati oggetto di trattamento. Richiede invece che abbia deciso quali siano le finalità e le modalità del trattamento».

<sup>115</sup> Ove si prevede: «1. L’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l’interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all’articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l’interessato si oppone al trattamento ai sensi dell’articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell’articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all’offerta di servizi della società dell’informazione di cui all’articolo 8, paragrafo 1. 2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell’interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. 3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l’adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell’articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell’articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di



per come esso è stato configurato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel già menzionato caso *Google Spain* <sup>117</sup>.

La fattispecie concreta concerne la pretesa di un cittadino spagnolo alla condanna di *Google Spain* e di *Google Inc.* all'eliminazione o all'occultamento dei suoi dati personali da chiunque visualizzabili su tale motore di ricerca in relazione a una vicenda (vendita all'asta di immobili connessa a un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali) di cui un quotidiano spagnolo aveva a suo tempo dato conto su ordine della competente autorità, ma che era stata definita da vari anni e che aveva conseguentemente perso ogni rilevanza <sup>118</sup>.

La Corte di Giustizia, disattendendo, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato generale <sup>119</sup>

---

rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria». In dottrina, v. al riguardo F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO, cit., p. 353 ss.

<sup>116</sup> V., da ultimo, Cass., Sez. Un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Danno e resp.*, 2019, p. 604 ss., con note critiche di D. MUSCILLO, *Oblío e divieto di lettera scarlatta*, A. BONETTA, *Diritto al segreto del disonore. "Navigazione a vista" affidata ai giudici di merito*, e G. CALABRESE, *Rievocazione storica e diritto all'oblio*; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1555 ss., con commento critico di G. CITARELLA, *Diritto all'oblio: un passo avanti, tre di lato*. Per ulteriori riferimenti, v. MI. BIANCA, *Memoria ed oblio: due reali antagonisti?*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, fasc. n. 3/2019, p. 23 ss., ove tra l'altro si mette brillantemente in discussione l'idea che il diritto all'oblio e il diritto alla memoria siano antagonisti, ragionandosi piuttosto di entrambi come diritti diacronici all'identità; G. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul diritto all'oblio*, in *Giustiziacivile.com*, Approfondimento del 29 luglio 2019; A. THIENE, *I diritti morali d'autore*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1554 ss.; F. AGNINO, *Il diritto all'oblio e diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 104 ss.; G.M. RICCIO, *Il difficile equilibrio tra diritto all'oblio e diritto di cronaca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 549 ss.; G. CARRARO, *Pubblicità commerciale e «diritto all'oblio» nella prospettiva dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 634 ss.; F. MANGANO, *Diritto all'oblio*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2621 ss.

<sup>117</sup> CGUE, Grande Sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, in *www.curia.eu*. Più di recente sullo stesso argomento, cfr. CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, C-507/17, *ivi*, ove si è, in estrema sintesi, affermato che il gestore di un motore di ricerca non è tenuto a effettuare la deindicizzazione in tutte le versioni della sua piattaforma, bensì solo in quelle corrispondenti agli Stati membri dell'Unione europea.

<sup>118</sup> Per maggiori dettagli, v., tra i tanti, M. COCUCCIO, *Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 750 ss.

<sup>119</sup> Il quale conclude che «un fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, il cui motore di ricerca localizza informazioni pubblicate o immesse in Internet da terzi, le indicizza in modo automatico, le archivia temporaneamente e infine le mette a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, "tratta" dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 quando tali informazioni contengono dati personali. Tuttavia, il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet non può essere considerato "responsabile del trattamento" di tali dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, fatta eccezione per i contenuti dell'indice del suo motore di ricerca, sempre che il fornitore di servizi non indicizzi o archivi dati personali contro le istruzioni o le richieste dell'editore della pagina web».

# JUS CIVILE



e in parte anche la posizione della Cassazione poco sopra esaminata<sup>120</sup> (ma, come chiariremo tra breve, non con riguardo al profilo della responsabilità civile), ritiene «che, da un lato, l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come “trattamento di dati personali” [...] e che, dall'altro lato, il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il “responsabile” del trattamento summenzionato», conseguentemente concludendo che, alle condizioni di cui agli artt. 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, «il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita». Quanto più precisamente alle condizioni di cui ai citati articoli, si precisa che essi «devono essere interpretati nel senso che [...] si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato»<sup>121</sup>.

Si tratta, però, di una pronuncia in materia di diritto all'oblio, ovvero sia un diritto cui si collegano tutele che non richiedono necessariamente la sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, come chiaramente risulta dalle massime appena riportate<sup>122</sup>, e nella

---

<sup>120</sup> Senz'altro in tal senso, v. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 740, secondo cui «la sentenza della Corte di giustizia solca un sentiero diverso rispetto a quello percorso dalla Corte di cassazione, riconoscendo [...] l'applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali e la qualifica di “titolare” del trattamento, per il *provider* che tratti dati personali, a prescindere dalla conoscenza dei dati medesimi».

<sup>121</sup> Aggiungendosi altresì: «dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

<sup>122</sup> E come sottolineato, in dottrina, per esempio da M. COCUCIO, *op. cit.*, p. 754.



quale il *provider* gestore di un motore di ricerca, in relazione a un'attività del tipo di quella poco sopra descritta, sembra essere considerato sostanzialmente "attivo", sostenendosi nella sentenza (n. 80) che «un trattamento di dati personali, quale quello in esame nel procedimento principale, effettuato dal gestore di un motore di ricerca, può incidere significativamente sui diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, nel caso in cui la ricerca con l'aiuto di tale motore venga effettuata a partire dal nome di una persona fisica, dal momento che detto trattamento consente a qualsiasi utente di Internet di ottenere, mediante l'elenco di risultati, una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che toccano potenzialmente una moltitudine di aspetti della sua vita privata e che, senza il suddetto motore di ricerca, non avrebbero potuto – o solo difficilmente avrebbero potuto – essere connesse tra loro, e consente dunque di stabilire un profilo più o meno dettagliato di tale persona. Inoltre, l'effetto dell'ingerenza nei suddetti diritti della persona interessata risulta moltiplicato in ragione del ruolo importante che svolgono Internet e i motori di ricerca nella società moderna, i quali conferiscono alle informazioni contenute in un siffatto elenco di risultati carattere ubiquitario». Conseguentemente si afferma (n. 81) che, «vista la gravità potenziale di tale ingerenza, è giocoforza constatare che quest'ultima non può essere giustificata dal semplice interesse economico del gestore di un siffatto motore di ricerca in questo trattamento di dati» (sia pure evidenziandosi, subito a seguire, la necessità di ricercare un «un giusto equilibrio» tra i diversi interessi in gioco)<sup>123</sup>.

La Corte di Giustizia sembra in questo modo dare per scontato – pur senza dichiararlo espressamente – che un illecito fonte di responsabilità civile possa configurarsi non prima che vi sia stata quantomeno una richiesta di cancellazione da parte di un interessato e che il *provider* "attivo" ingiustificatamente se ne sia disinteressato<sup>124</sup> (potendo in questa

---

<sup>123</sup> Sembra porsi su una non dissimile linea di pensiero anche CGUE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, C-210/16, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1810 ss., con commento di G.M. RICCIO, *Titolarietà e contitolarietà nel trattamento dei dati personali tra Corte di Giustizia e Regolamento privacy*, *ivi*, p. 1805 ss.; in *Dir. inf. inf.*, 2018, p. 310 ss.; nonché in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2019, p. 395 ss., con nota di A.S. ZIMMERMANN, *Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für Facebook-Fanpages*), ove «l'amministratore di una fanpage presente su un social network» è a sua volta considerato «responsabile del trattamento» dei dati personali dei visitatori ai sensi dell'art. 2, lett. d), della dir. 95/46/CE, però sulla base del ragionamento (n. 39) che esso «partecipa, attraverso la propria azione d'impostazione dei parametri, in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle sue attività, alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori», cioè sempre sulla base del suo ruolo "attivo".

<sup>124</sup> V. il n. 82 della sentenza, ove si afferma che «l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, da effettuarsi allorché ricevono una domanda quale quella oggetto del procedimento



prospettiva eventualmente anche rimanere salva la necessità pure del vaglio di un'autorità con riguardo al *provider* che sia invece considerato "passivo"<sup>125</sup>). Ma ciò non aggrava in alcun modo, rispetto al quadro prospettato nel presente contributo, la posizione di tale *provider*, in quanto l'eventualità in parola basterebbe a far sorgere la sua responsabilità, come si è chiarito, anche là dove si trattasse di applicare (non la più rigorosa disciplina in materia di *privacy*, ma) semplicemente l'art. 2043 c.c.

**10.** – Un ragionamento diverso deve però indubbiamente svolgersi con riguardo alla disciplina sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale di cui alla nuova dir. UE 2019/790<sup>126</sup>.

L'art. 17 (in tema di «utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online»), par. 3, di tale direttiva prevede infatti testualmente che, «quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo», sia pure precisando subito a seguire che «il primo comma del presente paragrafo non pregiudica la possibile applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva»<sup>127</sup>.

---

principale, possono ordinare al suddetto gestore di sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale persona, senza che un'ingiunzione in tal senso presupponga che tale nome e tali informazioni siano, con il pieno consenso dell'editore o su ingiunzione di una delle autorità sopra menzionate, previamente o simultaneamente cancellati dalla pagina web sulla quale sono stati pubblicati». Se dunque una domanda dell'interessato serve per far scattare il possibile intervento dell'autorità, intervento che potrebbe peraltro anche prescindere dalla sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, a maggior ragione non dovrebbe, in linea di principio, potervi essere responsabilità civile prima di una siffatta domanda, sembra potersi intendere.

<sup>125</sup> Sembra porsi su una simile linea di pensiero pure M. COCUCCIO, *op. cit.*, p. 752 s., quando afferma che «la semplice richiesta rivolta dalla parte interessata all'*Internet Service Provider* non fa sorgere in capo al *provider* alcun obbligo di attivazione, restando sempre necessario il vaglio di una autorità, amministrativa o giudiziaria, che stabilisca l'equo contemperamento tra l'interesse pubblico ad avere accesso alla notizia e quello privato a che ciò non avvenga».

<sup>126</sup> Per una sintetica introduzione alla quale, v. G. GHIDINI e F. BANTERLE, *A critical overview of the Directive on copyright in the Digital Single Market*, in *Dir. int.*, 2019, p. 443 ss.

<sup>127</sup> V. anche, a tale riguardo, il considerando n. 65.



Ne deriva chiaramente la priorità della dir. UE 2019/790<sup>128</sup>, peraltro solo nel suo circoscritto ambito di applicazione, rispetto alla disciplina sul commercio elettronico e in particolare al trattamento del *provider* sia pure “passivo” ivi contenuto.

La nuova disciplina europea sul diritto d’autore contempla, inoltre, una responsabilità notevolmente aggravata, che sembra avvicinarsi a quella oggettiva. Il par. 4<sup>129</sup> dell’art. 17, addossando a tale *provider*, per la sua esenzione da responsabilità, l’onere della prova di aver compiuto «i massimi sforzi» ovverosia – pare doversi intendere – di aver tenuto addirittura la diligenza professionale massima per tutelare il diritto d’autore, sembra infatti attribuire allo stesso una – per il diritto italiano inconsueta – responsabilità per colpa presunta anche solo lievissima, sebbene il par. 5<sup>130</sup> introduca taluni temperamenti «alla luce del principio di proporzionalità» e il par. 6<sup>131</sup> semplifichi parzialmente la posizione di taluni prestatori<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> In argomento, cfr. C. NOVELLI, *op. cit.*, p. 508, ove si ragiona di una normativa che «sembra superare la tradizionale distinzione [...] tra *provider* attivi e passivi» e di un «discostamento dal regime di responsabilità della disciplina sul commercio elettronico».

<sup>129</sup> Ove si prevede: «qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d’autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un’autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l’accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».

<sup>130</sup> Ai sensi del quale, «per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del principio di proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi».

<sup>131</sup> Ove si prevede: «gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell’Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l’accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l’ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie».

<sup>132</sup> Su tali previsioni, cfr. anche il considerando n. 66.



La normativa appena richiamata, però, conferma senz'altro – come dimostrato anche dal par. 2 dell'art. 1<sup>133</sup> e dal 1° co. del par. 8 dell'art. 17<sup>134</sup> – la perdurante rilevanza generale – oltre che di quella in materia di *privacy*<sup>135</sup> – della disciplina europea sul commercio elettronico (e così anche delle relative previsioni nazionali di attuazione), che non è affatto abrogata, solo derogata con riferimento a una particolare materia (sia pure importante).

**11.** – Alla luce di tutti i rilievi svolti, le regole sulla responsabilità civile del *provider* e quelle sulla responsabilità civile in materia di *privacy* possono dirsi integrare un sistema armonico.

Dinanzi al singolo caso di specie in cui venga in rilievo una lesione di taluni diritti *on line*, si tratta infatti di prendere le mosse dalla disciplina più generale<sup>136</sup>, quella sul commercio elettronico. Questa disciplina impone, come abbiamo veduto, innanzi tutto di chiarire se l'attività svolta dal *provider* nel singolo caso di specie sia meramente “passiva” oppure “attiva”. Nella prima ipotesi, si applica, a seconda del tipo di attività “passiva” concretamente svolta, uno dei regimi di responsabilità speciale di cui al d.lgs. n. 70 del 2003, i quali si collocano comunque tutti – compreso quello più gravoso dell'*hosting*

---

<sup>133</sup> Ove si afferma che, «salvo i casi di cui all'articolo 24, la presente direttiva non modifica e non pregiudica le norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore nel settore, in particolare le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE». V. anche il considerando n. 4, ove si precisa che «la presente direttiva si basa, integrandole, sulle norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore in questo settore, in particolare le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio».

<sup>134</sup> Ove si ribadisce che «l'applicazione del presente articolo non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza».

<sup>135</sup> V. il 3° co. del par. 9 dell'art. 17, ove si afferma che «la presente direttiva [...] non comporta l'identificazione dei singoli utenti né il trattamento dei dati personali, salvo conformemente alla direttiva 2002/58/CE e al regolamento (UE) 2016/679». V. anche, più in generale, l'art. 28, secondo cui «il trattamento dei dati personali nel quadro della presente direttiva è effettuato in conformità della direttiva 2002/58/CE e del regolamento (UE) 2016/679» (e v. pure il considerando n. 85).

<sup>136</sup> La quale, a parere di chi scrive, non è radicalmente escluso che possa, ricorrendone tutti i presupposti, applicarsi pure in via analogica: v. M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, cit., p. 169. Ma v. anche, in senso contrario, tra gli altri, E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit., p. 94, il quale ragiona di una disciplina «eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità “civile” d'impresa».

## JUS CIVILE



*provider* – in una sorta di posizione intermedia tra l’esonero da responsabilità e la comune responsabilità per colpa, posizione che dovrebbe, a rigore, nel diritto italiano, essere più vicina all’esonero da responsabilità, ma che la giurisprudenza criticabilmente tende a spostare verso la comune responsabilità per colpa.

Qualora invece l’attività svolta dal *provider* nel singolo caso di specie sia “attiva”, si tratta di verificare se siano oppure non presenti i presupposti per l’applicazione di una disciplina speciale che prevalga rispetto alle comuni regole di responsabilità (ovverosia l’art. 2043 c.c.), per ciò che qui più interessa la normativa sulla *privacy*, cioè l’art. 82 del reg. UE 2016/679, in cui – in linea con il previgente art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 – sembra essere contemplata una responsabilità aggravata (o per colpa presunta), che potrebbe peraltro anche intendersi come una responsabilità oggettiva (o qualcosa che a quest’ultima notevolmente si avvicina)<sup>137</sup>. Se invece una disciplina speciale del tipo di quella appena rammentata non sia applicabile, il *provider* “attivo” è sottoposto solo (per così dire, trattandosi di un regime comunque più gravoso rispetto a tutti quelli risultanti dal d.lgs. n. 70 del 2003) a una comune responsabilità per colpa, ai sensi dell’art. 2043 c.c.

La normativa europea in materia di *privacy*, però, qualora risulti applicabile, pur considerando fondamentali pure le esigenze della punizione e dalla dissuasione, condivisibilmente non percorre la strada dei c.d. danni punitivi di matrice statunitense, preferendo soddisfare simili esigenze al di fuori della responsabilità civile (e più in generale del diritto privato), attraverso sanzioni amministrative pecuniarie.

La ricostruzione appena sintetizzata pare compatibile pure con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di diritto all’oblio, in cui tale diritto si

---

<sup>137</sup> Su una simile linea di pensiero (sia pure ragionando senz’altro di una responsabilità oggettiva con riguardo all’art. 82 del reg. UE 2016/679) si pone anche E. TOSI, *La disciplina applicabile all’hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d’autore, tra speciale irresponsabilità dell’ISP passivo e comune responsabilità dell’ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., p. 263, il quale afferma: «nel caso in cui il servizio della società dell’informazione, come spesso accade [...], comporti anche trattamento di dati personali, si ritiene corretto [...] far prevalere – *ratione materiae* – la regola della responsabilità speciale prevista dall’art. 82 del GDPR rispetto alle cause di esclusione della responsabilità telematica dell’ISP tipizzate dal D. Lgs. 70/2003 – Direttiva CE 31/2000 solamente nel caso in cui si possano ravvisare gli estremi del trattamento dati da parte dell’ISP attivo – *rectius* interferente con il trattamento stesso – e non invece a fronte del mero ruolo tecnico di vettore di dati automatici e non elaborati, analizzati o profilati». V. pure ID., *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit., p. 101 s.

# JUS CIVILE



traduce in tutele che non richiedono necessariamente la sussistenza di un illecito fonte di responsabilità civile, e in cui il *provider* gestore di un motore di ricerca, in relazione alle attività di «trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, [...] indicizzarle in modo automatico, [...] memorizzarle temporaneamente e, infine, [...] metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza», sembra potersi considerare “attivo”. In linea con tale giurisprudenza, un illecito fonte di responsabilità civile sembra potersi configurare solo una volta che vi sia stata almeno una richiesta di cancellazione da parte di un interessato e che il *provider* “attivo” ingiustificatamente se ne sia disinteressato, ciò che è perfettamente in linea con il quadro suesposto, in quanto una simile eventualità basterebbe a far sorgere la responsabilità di tale *provider* ai sensi dell’art. 2043 c.c.

Considerando poi anche la più recente disciplina europea sul diritto d’autore, essa si pone esplicitamente in un rapporto non di armonica consistenza ma di prevalenza rispetto alla normativa sul commercio elettronico, contemplando una responsabilità notevolmente aggravata per il *provider* sia pure solo “passivo”, che sembra avvicinarsi a quella oggettiva. Tale soluzione, però, essendo circoscritta alla materia del diritto d’autore e più precisamente al particolare ambito di applicazione della dir. UE 2019/790, non inficia la più ampia proposta ricostruttiva qui elaborata bensì la rafforza, trattandosi di una eccezione come tale confermativa della diversa impostazione generale.

Se tutto ciò è esatto, possiamo concludere che il quadro normativo esaminato – che poteva senz’altro essere più chiaramente delineato dal legislatore europeo e da quello nazionale – è, in fin dei conti, ancora orientato a contemperare le varie posizioni tendenzialmente favorendo quella del *provider*, ciò che può giustificarsi in considerazione dei rilevanti interessi collettivi e individuali che con detta posizione d’ordinario coincidono, essendo del resto il «mercato [...] ancora oggi [...] il perno intorno al quale ruota gran parte del sistema normativo e delle politiche comunitarie»<sup>138</sup>. Ma abbiamo anche veduto come larga parte della giurisprudenza tenda e prevedibilmente continuerà a tendere in futuro a modificare il citato contemperamento in favore piuttosto dei titolari di quei diritti, per esempio ma non solo quello alla *privacy*, che possono entrare in conflitto con la posizione del *provider*<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> E. LUCCHINI GUASTALLA, *ibidem*.

<sup>139</sup> V. F. DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell’incerta giurisprudenza europea*, cit., c. 2073, ove si evidenzia la «tendenza pretoria ad



Dal punto di vista più generale, sia pure in un sistema di fonti del diritto sempre più complesso<sup>140</sup>, occorre allora riaffermare le necessità che le scelte fondamentali siano compiute dal legislatore e che i giudici le rispettino poi fedelmente, per come esse sono sancite innanzi tutto – anche se ovviamente non solo – nel tenore letterale delle disposizioni che vengono di volta in volta in rilievo<sup>141</sup>. È infatti comprensibile, specialmente nella materia in esame, l’atteggiamento di quanti, temendo di commettere una ingiustizia applicando rigorosamente previsioni per diffuso convincimento ormai inadeguato

---

eludere le strette maglie della direttiva, e dunque a [...] responsabilizzare maggiormente i fornitori di servizi di Internet rispetto ai contenuti veicolati in rete per conto degli utenti», e 2077 s., ove si menzionano anche alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale criticabilmente «supera – o comunque prescinde totalmente da – la direttiva 2000/31/Cee» (per ulteriori riferimenti alla posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo, cfr. altresì, di recente, F. FALCONI, *Diffamazione via hyperlinking e tutela della libertà di informazione on-line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1024 ss.; E.L. SCALI, *Responsabilità del sito Internet per commenti osceni e violenza online contro le donne*, in *Dir. int.*, 2019, p. 478 ss.; nonché R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo*, in *Dir. inf. inf.*, 2018, p. 511 ss.).

<sup>140</sup>Non potendosi tra l’altro disconoscere l’importanza (anche per la meritoria funzione di stimolo alla riflessione svolta su quanti pure hanno preferito una diversa impostazione) della corrente dottrinale da tempo favorevole alla collocazione pure del “formante” giurisprudenziale nell’ambito delle vere e proprie fonti del diritto: cfr., per esempio, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; nonché, più di recente, F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell’età della globalizzazione*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1344 ss.; ID., *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 190 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

<sup>141</sup>Quello del rapporto tra legge e giurisprudenza è peraltro uno dei temi generali più controversi nel dibattito giuridico contemporaneo: cfr., tra i tanti, con posizioni varie, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*; ID., *Gli eredi della positività*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 1/2016, p. 11 ss.; C. GRANELLI, *Dottrina delle corti e dottrina dei dottori*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 3/2016, p. 65 ss.; ID., «La giurisprudenza è fonte di diritto?»: *introduzione ad un incontro di studi*, in *Jus civile*, 2016, p. 406 ss.; G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, *ivi*, 2016, p. 412 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 764 ss.; N. LIPARI, *A partire da “L’invenzione del diritto” di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 349 ss.; ID., *Per un diritto secondo ragione*, *ivi*, 2018, p. 1427 ss.; ID., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, *ivi*, 2010, I, p. 635 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1341 ss.; G. D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss.; P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763 ss. Si rammenti comunque che l’art. 101, co. 1, Cost., prevedendo che «la giustizia è amministrata in nome del popolo» e non della nazione, «vieta che le “correnti profonde” che l’interprete ritenga di percepire nel corpo sociale prevalgano sulla volontà popolare, per quanto contingente e per quanto mediata dalla rappresentanza (della legge) essa possa essere» (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, p. 16 s.).

# JUS CIVILE



te<sup>142</sup>, si sentano spinti verso una scelta creatrice di diritto<sup>143</sup>; ma si tratta di un atteggiamento – profondamente “postmoderno” – tanto comprensibile quanto evitabile, in un ordinamento giuridico come quello italiano pur sempre di *civil law*<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup>Tra i tanti, ragiona della «crescente inadeguatezza» della disciplina europea sulla responsabilità dei *provider*, da ultimo, F. DI CIOMMO, *op. ult. cit.*, c. 2073 s. Sulle prospettive di riforma, v. ampiamente M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018, p. 171 ss.

<sup>143</sup>Cfr. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 690, il quale persuasivamente rileva: «a fronte della rinuncia ad un intervento adeguatore da parte del legislatore europeo, che per la verità appare indifferibile, il ruolo creativo assunto dalla giurisprudenza è risultato rinvigorito, ma complessivamente inadeguato a sopperire alla protratta inerzia del legislatore».

<sup>144</sup>In generale sulla necessità di tornare a valorizzare il ruolo della legislazione rispetto alla creatività dell'interprete e specialmente del giudice si è da ultimo soffermato con particolare efficacia, tra i civilisti, A. ZACCARIA, *Das europäische Privatrecht im Zeitalter der Post-Postmodernismus, Lectio doctoralis* tenuta in data 25 novembre 2019 presso l'*Universität Bayreuth* (Repubblica Federale Tedesca), in occasione della cerimonia di conferimento all'Autore del titolo di *Doktor der Rechtswissenschaft ehrenhalber* (Dr. jur. h.c.). Posizioni di questo tipo risultano in sintonia, sul versante filosofico, con le severe critiche al postmodernismo (caratterizzato, tra l'altro, proprio dalla citata creatività) di M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, *passim* (per un sintetico resoconto, cfr. S. TRAINI, *Il “nuovo realismo” e alcune considerazioni semiotiche*, in *Ocula*, 22 giugno 2013, p. 5 ss.).