

## LA RESPONSABILITA' CIVILE DEGLI INTERNET SERVICE PROVIDER

*Simona Lavagnini*

Gli Internet service provider (ISP) svolgono diversi tipi di servizi della società dell'informazione, dai servizi editoriali (content provider), ai servizi di connessione e trasmissione (mere conduit), ai servizi di memorizzazione (hosting), ai servizi di ricerca e indicizzazione (search engine), ed altri ancora. Ognuno dei provider ha evidentemente caratteristiche specifiche. Tutti comunque, o la maggior parte, svolgono attività che mi sembrano costituire uno sfruttamento dell'esclusiva di proprietà intellettuale. Questo in particolare per quanto riguarda il diritto d'autore, poiché il monopolio copre il diritto di riproduzione, come quello di comunicazione al pubblico, e più in generale ogni forma di sfruttamento economico dell'opera. Da ciò dovrebbe derivare che l'operatore di connessione, quello di memorizzazione, quello di indicizzazione, per quanto in modi diversi, svolgono attività riservate<sup>1</sup>.

Il tema per la verità non appare adeguatamente affrontato in sede dottrinale e giurisprudenziale, ed emerge una certa confusione fra le categorie (civili e penali); nonché fra gli istituti del concorso, della compartecipazione e finanche della responsabilità oggettiva<sup>2</sup>. Sulla base di quanto osservato sopra si dovrebbe tuttavia concludere che dal punto di vista civilistico perlomeno alcuni degli ISP (e soprattutto gli hosting) concorrono nell'illecito dell'utente con una propria condotta autonoma, non limitandosi ad una mera cooperazione nell'illecito altrui. In tutti i casi, quello che appare scriminante ai fini dell'attribuzione della responsabilità è l'elemento soggettivo. Nell'ambito della responsabilità aquiliana è richiesto il dolo o la colpa. Nella proprietà intellettuale è consolidato l'orientamento secondo cui l'elemento soggettivo rileva ai fini della sola responsabilità per danni, poiché "ai fini dell'inibitoria non assume rilevanza alcuna il dolo, la colpa o la buona fede di chi usa l'opera altrui" (Trib. Milano 13.6.17 in Pluris). Per quanto concerne la questione dell'elemento soggettivo, si dibatte da tempo se nel diritto della proprietà industriale ed intellettuale operi una presunzione di colpa, ovvero si possa parlare di colpa in re ipsa. Generalmente, per quanto concerne gli intermediari si applica il parametro della diligenza professionale. Nell'ambito del diritto d'autore "tradizionale" si ritiene che gli operatori professionali editoriali siano tenuti ad un obbligo di diligenza più alto di quello dell'uomo comune, che tendenzialmente comporta la verifica preliminare relativamente all'acquisto dei diritti utilizzati (App. Milano 28.5.99, AIDA 99, 643). Nel caso degli ISP le attività svolte sono tuttavia caratterizzate, perlomeno nella maggior parte dei casi, da un particolare elemento di passività/neutralità; aggiungasi soprattutto che gli scambi sulla rete hanno proporzioni massive, che rendono difficile se non impossibile il previo controllo di tutto il materiale immesso nella rete – come sarebbe tuttavia richiesto in base all'applicazione tradizionale del principio della diligenza dell'operatore professionale sopra riferito.

---

<sup>1</sup> Il discorso potrebbe essere diverso per quello che riguarda i marchi (v. Corte di giustizia, 12.7.2011, C-324/09, caso L'Oreal).

<sup>2</sup> V. App. Milano, 7 gennaio 2015, secondo cui «il presupposto della responsabilità a posteriori dell'hosting provider non è dunque da intendersi nel senso che l'intermediario che trasmetta l'informazione illecita sia tenuto alla rimozione dell'opera sulla base della presunzione di una sua compartecipazione all'illecito (che, se realmente dimostrata, darebbe luogo ad una sua piena responsabilità), ma perché è il soggetto più idoneo a porre fine a tali violazioni a tutela dei diritti soggettivi altrui». Trib. Milano 24 luglio 2017, con riferimento a mere conduit "Pur in assenza quindi della citazione del principale autore dell'illecito, il soggetto leso può ottenere una pronuncia prima in via d'urgenza e poi, eventualmente, in via definitiva contro gli altri soggetti le cui condotte con diversi contributi si sono inserite nella condotta lesiva, pur se ogni frazione non integri, di per sé, una violazione imputabile del diritto d'autore". V. poi la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, secondo cui "Qualora i prestatori di servizi della società dell'informazione memorizzino e diano pubblico accesso a opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti, andando così oltre la mera fornitura di attrezzature fisiche ed effettuando in tal modo un atto di comunicazione al pubblico, essi sono obbligati a concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti...".

Dalla scelta politica di favorire gli operatori del commercio elettronico è derivato il regime speciale della responsabilità degli ISP, dettato dalla direttiva 2000/31, implementata con decreto legislativo 2003/70. La direttiva introduce deroghe alla responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, anche se solamente in taluni limitati casi, in cui l'attività dell'ISP 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<sup>3</sup>.

Una prima questione che si pone concerne la natura speciale o eccezionale delle deroghe. Dalla sua risoluzione nel primo senso discenderebbe la possibilità di applicare le deroghe anche oltre i casi espressamente previsti dalle norme, quando ricorrano i medesimi presupposti. Sul tema si registrano posizioni differenti, anche se in effetti mi appare preferibile la qualificazione delle norme come speciali (Trib. Milano 9.9.11, in *AIDA* 2012, 740, sembra optare per la soluzione negativa; in dottrina contra Ricolfi, Trattato dei marchi). Una seconda questione riguarda l'errata implementazione della direttiva nell'ordinamento italiano. Qui ci si è infatti discostati dalla lettera delle norme comunitarie, e negli artt. 16 e 17 sono stati introdotti, quali elementi per l'insorgere di responsabilità in capo agli ISP, (i) un previo ordine che disponga l'interdizione delle attività illecite emesso dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzione di vigilanza, ovvero (ii) il mancato invio di una informativa sulle attività illecite da parte dell'ISP all'autorità competente. Questa implementazione ha generato considerevoli difficoltà interpretative, da un lato rallentando l'adozione di sistemi condivisi cd. di "notice & take down" e dall'altro lato producendo un ampio contenzioso. Secondo alcune prime decisioni gli ISP non avrebbero potuto essere considerati responsabili per le violazioni commesse tramite i propri servizi, anche ove avessero omesso di attivarsi pur avendo ricevuto lettere di diffida da parte dei titolari dei diritti, potendosi/dovendosi limitare ad attendere l'ordine di un giudice ovvero ad informare l'autorità competente. Secondo un'altra iniziale corrente giurisprudenziale minoritaria non sarebbe stato possibile emettere ordini di inibitoria nei confronti degli ISP (in particolare i mere conduit), dal momento che gli stessi non sarebbero stati passivamente legittimati.

Oggi la situazione appare più stabile, anche se ancora in parte fluida. Le principali oscillazioni hanno riguardato la figura dell'hosting provider di contenuti generati dagli utenti. Una parte della

---

<sup>3</sup> Le norme (da 12 a 15 della direttiva) stabiliscono che nella prestazione di un servizio di semplice trasporto (mere conduit), il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. Nella prestazione di un servizio di memorizzazione temporanea (caching) il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso. Per l'hosting si prevede che 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; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. L'art. 15 prevede infine che "Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite".

giurisprudenza – in linea con le decisioni della Corte di Giustizia, 11.9.14, C-291/13, caso Papasavvas<sup>4</sup> - ritiene che l’hosting provider che ospita contenuti generati dagli utenti, indicizzandoli, ottimizzandoli, rendendo possibile una ricerca e collegandoli a contenuti pubblicitari, debba essere considerato un “hosting provider attivo”, e come tale escluso integralmente dall’applicazione della disciplina di esenzione della responsabilità (acquisendo quindi anche un obbligo di sorveglianza attiva): v. il leading case RTI/Yahoo di Trib. Milano 9.11.01, cit.<sup>5</sup>. Secondo altra giurisprudenza anche in tale caso l’hosting rimarrebbe passivo, perché nello svolgimento delle varie attività non interverrebbe sul contenuto; ma non potrebbe andare esente da responsabilità quando riceva un avviso da parte dei titolari dei diritti ed ometta di attivarsi (App. Milano, 7.1.15, in *AIDA* 2015, 1701<sup>6</sup>). Comunque il provider sia qualificato, quando egli riceve una segnalazione deve attivarsi e, se rimane inerte, diviene responsabile. Altra questione controversa concerne il contenuto della diffida che i titolari dei diritti debbono inviare. Secondo una parte della giurisprudenza – anche la Corte di giustizia – le diffide devono essere specifiche, e quindi tendenzialmente contenere l’indicazione dell’URL ove è presente il contenuto illecito (V. Trib. Roma, 11.7.11; App. Milano, 7.1.15; Trib. Torino, 7.4.17); secondo altra giurisprudenza il titolare dei diritti può limitarsi ad indicare la sua opera e ad allegare che vi siano contenuti illeciti che il provider deve identificare e rimuovere (costantemente Trib. Roma, fra cui ex multis 27.4.16). Resta infine ancora ampiamente dibattuto il perimetro degli ordini di inibitoria. Alcune recenti decisioni sostengono l’ammissibilità di ordini di inibitoria di «notice & stay down, ossia rivolti a costringere l’ISP ad attivarsi per impedire futuri caricamenti illeciti (eventualmente previa segnalazione da parte del titolare del diritto): in questo senso Trib. Roma 27.4.16, cit.

Resta da dire che il tema della responsabilità degli ISP è attualmente in corso di revisione a livello comunitario (se non anche a livello internazionale), anche per contrastare attività svolte online di particolare gravità come il terrorismo o alcuni gravi reati contro la persona, ed in particolare esiste una proposta di direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, che prevede una specifica disciplina per gli ISP che immagazzinano e danno accesso a grandi quantità di opere o materiali caricati dagli utenti, principalmente basata sull’implementazione di tecnologia per il riconoscimento delle opere digitali stesse<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In linea peraltro con il precedente L’Oreal già citato.

<sup>5</sup> Nello stesso senso Trib. Roma, 15 luglio 2016, in *Iusexplorer*; Trib. Roma, 5 ottobre 2016, in *Dir. ind.* 17, 1, 61; Trib. Roma, ivi 2016, 5, 460; App. Milano, 27 febbraio 2012, in *Danno e resp.* 2013, 5, 554.

<sup>6</sup> V. anche Trib. Torino, 7 aprile 2017 in *Iusexplorer*, secondo cui «un hosting che diviene attivo (ovverosia che partecipa all’elaborazione dei contenuti che ospita o trasmette) perde la sua neutralità (...) e in quanto tale non può più definirsi hosting ai sensi dell’art. 16 del d.lgs. 70/2003, di modo che il suo status di responsabilità ricade inevitabilmente nell’alveo delle comuni regole della responsabilità civile».

<sup>7</sup> Art. 13 - Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell’informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti - 1.I prestatori di servizi della società dell’informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti adottano, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l’uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi. Tali misure, quali l’uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, sono adeguate e proporzionate. I prestatori di servizi forniscono ai titolari dei diritti informazioni adeguate sul funzionamento e l’attivazione delle misure e, se del caso, riferiscono adeguatamente sul riconoscimento e l’utilizzo delle opere e altro materiale [omissis]