



EUI Working Papers

LAW 2012/05
DEPARTMENT OF LAW

SOCIAL NETWORKS E RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER

Eleonora Rosati e Giovanni Sartor

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
DEPARTMENT OF LAW

Social Networks e Responsabilità del Provider

ELEONORA ROSATI E GIOVANNI SARTOR

EUI Working Paper **LAW** 2012/05

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2012 Eleonora Rosati e Giovanni Sartor

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy
www.eui.eu
cadmus.eui.eu

Abstract

Nelle pagine seguenti, dopo aver brevemente descritto le reti sociali e i diversi soggetti e interessi in gioco, si adoterà una prospettiva normativa, indicando quale disciplina potrebbe meglio regolare tali interessi, con particolare riferimento alla responsabilità del provider. Si svilupperanno infine alcune considerazioni su come tale prospettiva possa essere calata nel nostro diritto.

Keywords

social network, internet provider, responsabilità, manifestazione del pensiero, diritto d'autore, *filtering*.

Author Contact Details

Eleonora Rosati (autrice delle sezioni da 9 a 14)

Istituto universitario europeo

Villa Schifanoia

Via Boccaccio 121,

50133 Firenze

Italia

email: eleonora.rosati@eui.eu

Giovanni Sartor (autore delle sezioni da 1 a 8)

Istituto universitario europeo

Villa Schifanoia

Via Boccaccio 121,

50133 Firenze

Italia

email: giovanni.sartor@eui.eu

TABLE OF CONTENTS

1. Le reti sociali.....	1
2. Reti sociali e Web generato dagli utenti	2
3. Piattaforme e neutralità: gli attori delle reti sociali.....	3
4. Il problema della responsabilità per i contenuti nelle reti sociali	4
5. L’allocazione della responsabilità: premesse normative	5
6. La responsabilità del provider nei social network: responsabilità oggettiva o per colpa?..	7
7. La responsabilità del provider: quali esenzioni?.....	10
8. Oneri del provider e neutralità	13
9. Il provider quale moderatore?.....	14
10. Esonero da responsabilità mediante clausole contrattuali?.....	14
11. Quali controllori, quali procedure?	15
12. Sorveglianza elettronica?	16
13. Responsabilità per la violazione della privacy dei terzi?	18
14. Conclusione. Come un acrobata sull’acqua	20

Social Networks e Responsabilità del Provider

Eleonora Rosati e Giovanni Sartor

1. Le reti sociali

Un sito di rete sociale (social networking site) può essere definito come un servizio basato sul Web che consente agli individui di (1) costruirsi un profilo pubblico o semipubblico all'interno di un sistema circoscritto, (2) specificare una lista di altri utenti con i quali essi condividono una connessione e (3) esaminare e attraversare propria lista di connessioni e le liste fatte da altri all'interno del sistema.¹ Questa caratterizzazione individua le tre funzioni fondamentali dei siti di rete sociali.

La prima funzione, la costruzione del proprio profilo, individua l'aspetto dell'identità: gli utenti della rete creano profili che li rappresentano, grazie alla combinazione di informazioni personali di vario genere (dati anagrafici, vicende della propria vita, attitudini e interessi, immagini, ecc.). Mediante il proprio profilo l'interessato esprime e costruisce la propria identità sociale, o anzi le proprie diverse identità: egli rende disponibili a tutti alcune informazioni su di sé, ma riserva altre informazioni, che rivelano ulteriori aspetti (specifici, controversi, o comunque in qualche misura riservati) della propria personalità, a determinate cerchie di persone.

La seconda funzione, la condivisione delle connessioni, individua l'aspetto relazionale del sito: attraverso il sito si mantengono e si sviluppano contatti con altre persone, contatti che possono preesistere all'utilizzo del sito o invece essere avviati tramite il sito stesso. Le connessioni contribuiscono altresì alla definizione dell'identità sociale dell'utente: il fatto di essere amico di certe persone e di partecipare a certe iniziative indica aspetti della sua personalità.

La terza funzione, l'attraversamento della rete delle connessioni, individua l'aspetto della comunità: gli utenti della rete sociale possono identificare la forma (il grafo) della propria comunità e in particolare il ruolo che essi stessi hanno al suo interno. Si pensi per esempio a come su Facebook (www.facebook.com) si articoli il grafo dei contatti personali dei partecipanti (Tizio è amico di Caio, che è amico di Sempronio, il quale partecipa a una certa iniziativa o sostiene una certa causa, cui afferisce anche Livia, ecc.) o come su LinkedIn (www.linkedin.com) si articoli il grafo dei rapporti professionali (Tizio ha collaborato con Caio, il quale dà referenze su Sempronio, che partecipa a una discussione in cui è coinvolta anche Livia, ecc.).²

Infine, le reti sociali sono venute ad assumere un ruolo importante nella comunicazione sociale e politica, e nella formazione dell'opinione pubblica: accanto a pagine dedicate a esprimere le individualità dei membri, vi sono pagine dedicate iniziative di gruppo. Gli utenti della rete possono partecipare a tali iniziative, collegandole alla propria persona o anche ad altre iniziative presenti sulla rete stessa. La rete delle persone si fonde così con la rete delle iniziative. La partecipazione alle iniziative e diventa immediatamente visibile non solo a chi già contribuisce a tali iniziative, ma anche a tutte le persone afferenti alla rete, stimolando la crescita delle stesse iniziative. Le reti sociali sono così divenute il luogo in cui la democrazia e la partecipazione elettroniche (*e-democracy* ed *e-participation*) trovano oggi le maggiori e più efficaci espressioni. Accanto alle pagine dei partiti

¹ Danah M. Boyd – Nicole B. Ellison, Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship, *Computer-Mediated Communication*, 13(1): Article 11, 2007.

² Sulla funzione dei social network, cf. Danah M. Boyd – Nicole B. Ellison, Social Network Sites, *cit.*. Per il nesso tra funzione sociale e disciplina giuridica, si veda James Grimmelmann, Saving Facebook, *Iowa Law Review*, 1137-1206, 2009.

politici e di numerosi loro esponenti (cui partecipano anche gli elettori con i loro commenti e messaggi di critica o sostegno), su Facebook possiamo trovare numerose pagine dedicate temi, proposte, posizioni di carattere sociale e politico, cui contribuiscono migliaia di persone. Tale partecipazione non è limitata ai paesi più sviluppati, ma si estende ai paesi in via di sviluppo, nei quali le reti sociali suppliscono ai limiti dei media tradizionali (stampa e televisione), meno accessibili o maggiormente controllati. Ricordiamo per esempio, come la recente rivoluzione in Egitto, che ha messo fine del regime del dittatore Mubarak, abbia preso avvio da una pagina di Facebook, pubblicata da Wael Ghonim, un giovane egiziano dipendente di Google. Ghonim creò e gestì con uno pseudonimo la pagina intitolata "We Are All Khaled Said" (un giovane morto in seguito a percosse da parte della polizia). A tale pagina si associarono centinaia di migliaia di giovani egiziani, che ebbero così consapevolezza condivisa della dimensione sociale e della forza del movimento di opposizione. Poterono così acquisire fiducia nelle proprie idee, superare la paura, e accogliere l'invito (pubblicato sulla pagina Web di Ghonim) a partecipare, in numerose migliaia, alla manifestazione di protesta che segnò l'inizio della rivoluzione. Ancor più recentemente, le reti sociali hanno svolto un ruolo importante nel movimento delle donne saudite, che grazie alle reti sociali, sono riuscite ad associarsi e a rivendicare con forza i propri diritti (per esempio, il diritto di voto, o di condurre un'automobile).

Esistono numerose reti sociali, dotate di finalità parzialmente diverse (così alcune reti sociali sono specificamente destinate a finalità professionali, come la ricerca di opportunità di lavoro, di collaborazioni o di sviluppo professionale), e utilizzate in diverso grado in diverse aree geografiche (ad esempio, MySpace è diffusa negli Stati Uniti, Orkut in Brasile e India, ecc.). Oggi però la rete maggiormente diffusa su scala globale (oltre che nel nostro Paese) è indubbiamente *Facebook*, alla quale dedicheremo prevalente attenzione, considerandola l'esponente maggiormente rappresentativo di questo tipo di piattaforma.

2. Reti sociali e Web generato dagli utenti

Le reti sociali rappresentano una delle dimensioni in cui si realizza e sviluppa il cosiddetto Web generato dagli utenti (*user-generated Web*). Il Web è progressivamente divenuto, nel corso dell'ultimo decennio, un testo "riscrivibile" alla cui dinamica evolutiva tutti possono partecipare (e moltissimi partecipano attivamente). Ai contenuti registrati nei siti Web di imprese, enti pubblici e organizzazioni, si sono così affiancati i contenuti prodotti dai singoli utenti che occupano una parte crescente del Web, e attraggono l'interesse degli utenti stessi, quanto e più dei contenuti forniti dall'industria culturale.³ Nell'era del Web riscrivibile, Internet non è più solo l'infrastruttura mediante la quale si può accedere alla conoscenza, comunicare, svolgere attività economiche e amministrative, ma è anche il luogo nel quale le persone possono esprimersi, costruire le proprie immagini pubbliche, interagire con amici e conoscenti, impegnarsi nella produzione di conoscenza, partecipare alla cultura e contribuire al dibattito sociale e politico. Ciò si realizza mediante diverse infrastrutture, piattaforme e altre applicazioni software, che rendono possibili le diverse dimensioni del nuovo Web: condividere documenti di ogni tipo (raccolte di testi, fotografie, filmati, musica), realizzare siti individuali dove sviluppare il proprio diario pubblico (blog), commentare i contributi altrui, produrre contenuti intellettuali in modo cooperativo (wiki e software open source), e partecipare a interazioni sociali (reti sociali), ecc.

La disponibilità di tali strumenti ha fatto sì che le persone interessate a diffondere i risultati della propria creatività iniziassero a mettere in linea (online) i propri contributi, a disposizione di tutti gli interessati, attivando la spirale virtuosa dell'effetto di rete: l'aumento dei contributi ha determinato

³ Tim O'Reilly, *What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, 2005 (URL: <http://oreilly.com/Web2/archive/what-is-Web-2.0.html>) e Tim O'Reilly – John Battelle, *Web Squared: Web 2.0 Five Years On*, 2009 (URL: http://assets.en.oreilly.com/1/event/28/Web2009_Websquared-whitepaper.pdf).

l'aumento degli accessi, che ha favorito la messa a disposizione di nuovi contenuti; l'aumento dei contributi e degli accessi ha stimolato la creazione di migliori strumenti per la creazione e per l'accesso, i quali a loro volta hanno stimolato contributi e accessi. Ne è risultata la rapidissima crescita della quantità dei contributi generati dagli utenti: centinaia di milioni di dilettanti (e professionisti) si sono impegnati nella produzione di notizie, software, lavori letterari, fotografie, filmati, ecc. Innumerevoli diari online (blog) hanno pubblicato il flusso delle esperienze, impressioni, opinioni, riflessioni dei loro autori. Enormi raccolte hanno unito i contributi separati di moltissimi individui, trasformandoli in opere collettive il cui valore d'uso supera largamente quello dei contributi individuali in tali opere contenute (YouTube, Flickr, Twitter, ecc.). Sforzi cooperativi più consapevoli hanno caratterizzato i progetti per la produzione di opere intellettuali condivise, come i software open source (Linux, Firefox, OpenOffice, distribuzioni Tex e LaTeX, ecc.) o le enciclopedie online (Wikipedia), opere nelle quali i contributi individuali si fondono nel risultato comune. Infine, le reti sociali (Facebook, MySpace, ecc.) hanno realizzato un'enorme "vetrina sociale", nella quale centinaia di milioni di persone presentano se stesse ed entrano in relazione con altri.

Nelle reti sociali, creazioni individuali e collettive si fondono in modo peculiare. L'individuo innanzitutto esprime se stesso e fornisce informazioni che lo riguardano (e che comunque intende collegare alla propria persona), contribuendo così alla costruzione della propria immagine. Questa dimensione individuale distingue le reti sociali da altre piattaforme per contenuti generati dagli utenti, come ad esempio i wiki, nei quali l'identità del singolo tende a scomparire nella creazione collettiva. Tuttavia vi è in anche nelle reti sociali una dimensione collettiva, che si fonde con la dimensione individuale: l'individuo entra continuamente in contatto con altri, dialoga con essi, attiva link con i profili altrui, rende accessibili ai propri amici contenuti digitali trasferendoli sul proprio profilo o collegandoli a esso (ad esempio, inserendo un collegamento a un filmato presente su YouTube, la pagina di un blog, o l'album di foto disponibile su Flickr). Di conseguenza, la rete sociale emerge quale effetto non inteso di attività finalizzate a obiettivi individuali, è "un risultato dell'azione umana, ma non l'esecuzione di un progetto umano", per ripetere le celebri parole di Adam Ferguson, spesso citate dai teorici dell'ordine spontaneo (come Friedrich Hayek e, nel nostro Paese, Bruno Leoni).

3. Piattaforme e neutralità: gli attori delle reti sociali

Le reti sociali, come altri sistemi che raccolgono contenuti generati dagli utenti, operano secondo il modello del software come servizio (*software as a service*) o anzi piattaforma come servizio (*platform as a service*): l'utente non trasferisce sul proprio computer né software né la base di dati (database) del sistema, e neppure il frammento di quella base di dati costituito dalle proprie informazioni. La base di dati rimane nel controllo esclusivo del gestore della rete sociale e ne garantisce la posizione sul mercato (ciò rimane vero anche quando il singolo utente abbia la facoltà di estrarre i propri contenuti, poiché ciò che conta è il controllo dell'insieme, non i singoli frammenti individuali).

L'uso della rete sociale è concesso gratuitamente, ma attività connesse generano reddito per il titolare della piattaforma. In particolare, la pubblicità (normalmente una serie mobile di link a destra dello schermo) è fornita a fronte di un corrispettivo da parte degli inserzionisti. Inoltre, informazioni aggregate risultanti dalle scelte individuali (per esempio, dati aggregati sulle preferenze dei consumatori, estratti dal comportamento online degli stessi) possono essere fornite a pagamento agli operatori economici interessati.

Gli utenti di regola mettono a disposizione gratuitamente i propri contenuti (senza percepire corrispettivi dal gestore della piattaforma), e quei contenuti sono utilizzati dalla rete sociale sia per fornire prestazioni accessorie all'utente (suggerendogli, ad esempio, potenziali soggetti da contattare o attività cui partecipare) sia nell'interesse del gestore della rete. In particolare, i contenuti forniti dall'utente sono impiegati per raffinare le prestazioni pubblicitarie all'interno del network, che può rivolgere a ogni utente gli annunci che più presumibilmente ne attrarranno l'attenzione.

Le reti sociali sono viste con una certa ostilità da chi ne teme le ricadute sulla privacy, e sotto certi profili sembrano in netto contrasto con alcune esigenze di tutela che hanno ispirato lo sviluppo della protezione dei dati.⁴ Si consideri ad esempio il principio che impone di minimizzare la quantità di dati personali memorizzati su supporto elettronico, dati gli inevitabili rischi cui espongono gli interessati. Che dire di fronte all'enorme quantità di dati personali che gli stessi interessati pubblicano sulle reti sociali, innanzitutto su se stessi? A nostro avviso bisogna riconoscere che l'esigenza di mostrarsi, al fine di sviluppare e instaurare contatti, è esigenza fondamentale, tanto quanto quella di mantenere riservati alcuni aspetti della propria personalità, e di limitare la circolazione e l'uso delle informazioni che ci riguardano. Allo stesso modo è un'esigenza fondamentale quella di potere esprimere, ricevere e discutere opinioni sugli altri e sui loro comportamenti, anche usando strumenti elettronici di comunicazione. Pertanto, nell'era dei contenuti generati dagli utenti si richiede forse una più ampia comprensione della privacy quale diritto all'"autodeterminazione informativa", formulazione adottata dalla Corte Costituzionale tedesca nella celebre sentenza del 13 gennaio 1981 (concernente la raccolta di dati personali per un censimento), spesso citata nella dottrina e nella giurisprudenza. Si tratta, cioè, della privacy come diritto di scegliere con chi e come condividere i propri dati personali. Al lato negativo di tale diritto (ossia il diritto a non condividere i propri dati, o comunque a limitare l'accesso e l'uso da parte dei terzi), si aggiunge il lato positivo, cioè il diritto di ciascuno a condividere i propri dati con le persone di propria scelta, nelle forme e con la diffusione che egli desidera.

Questa caratterizzazione del diritto alla privacy non esclude peraltro l'esigenza di una tutela giuridica dell'interessato rispetto alle imposizioni del titolare della piattaforma o alle tecniche intese a sottrarre all'inconsapevole interessato il controllo sui propri dati personali, o a rendere tale controllo più difficile o oneroso. Specifiche considerazioni si richiedono, come vedremo nelle pagine seguenti, qualora la minaccia alla privacy degli utenti provenga non dal titolare della piattaforma ma da altri utenti. Infatti, nel valutare il rapporto tra valori giuridici e reti sociali, accanto ai valori della tutela della privacy e della reputazione bisogna considerare i valori della libertà di comunicazione ed espressione, che trovano ampia attuazione nelle reti sociali.

4. Il problema della responsabilità per i contenuti nelle reti sociali

Prima di esaminare in dettaglio il tema della responsabilità nelle reti sociali, è opportuno considerare in modo generale quali sono i soggetti implicati e gli interessi che loro fanno capo.

Innanzitutto vi è chi mette a disposizione la piattaforma, ospitando in essa i contenuti forniti dall'utente, e quindi rivestendo il ruolo di fornitore del servizio di memorizzazione di informazioni, o *host provider*. Tale soggetto solitamente è un imprenditore commerciale, che opera di regola a fine di lucro.

Vi sono poi i normali utenti della rete sociale, che vi partecipano spinti da motivazioni individuali o sociali di diverso tipo. Normalmente, nella partecipazione a reti sociali generaliste (come Facebook) si tratta di interessi attinenti al diritto alla personalità o all'identità personale: innanzitutto l'interesse a presentare se stessi, a costruire una propria immagine pubblica, cui si affianca l'interesse a instaurare relazioni amicali e affettive, e a partecipare a iniziative comuni (incontri, feste, vacanze, viaggi, ecc.). A questi interessi possono affiancarsi in alcuni casi motivazioni di tipo culturale (condividere o discutere contenuti artistici o scientifici), lavorativo (accedere a impieghi, collaborazioni e altre opportunità professionali), sociale e politico (esprimere, comunicare e discutere temi sociali e politici, contribuire a iniziative collettive).

⁴ Si vedano le considerazioni e indicazioni del Gruppo di lavoro articolo 29 (che raccoglie i Garanti della privacy degli Stati dell'Unione Europea): Article 29 Data Protection Working Party - Opinion 5/2009 on online social networking, 12 giugno 2009.

Gli utenti di una rete sociale possono ospitare contenuti altrui nell'ambito delle pagine contenenti il proprio profilo, venendo a rivestire il ruolo di host provider di secondo livello. Così, su Facebook gli amici di una persona possono inserire nel profilo di questa commenti o contenuti, una o più persone possono attivare e moderare gruppi di discussione ai quali altri possono intervenire, ecc. Di queste opportunità si avvalgono frequentemente anche organizzazioni economiche, politiche e sociali, le quali non solo usano Facebook e altre reti sociali per presentare se stesse a presenti o potenziali collaboratori e clienti, ma invitano il contributo dei membri della rete alla discussione sulle proprie iniziative.

All'interno della rete sociale, il titolare della piattaforma e soggetti terzi offrono agli utenti numerose applicazioni software, e in particolare l'uso di giochi on line. Qualora un'applicazione fornita da terzi sia a pagamento, una parte dei ricavi solitamente va al gestore della rete sociale.

Vi sono infine i soggetti che possono subire danni in seguito all'uso delle reti sociali. Gli interessi individuali violati attengono tipicamente alla privacy (quando siano resi accessibili dati personali di terzi), alla reputazione (quando siano diffuse informazioni diffamatorie) e alla proprietà intellettuale ampiamente intesa (quando siano distribuite senza autorizzazione opere dell'ingegno, o segreti industriali). Più raramente potranno essere lesi altri interessi, attinenti per esempio alla salute (informazioni mediche errate), o al patrimonio (informazioni finanziarie non corrette). Accanto ad interessi individuali in alcuni casi possono essere lesi anche interessi pubblici, come quando siano diffuse informazioni pedopornografiche, apologie di reato, istigazioni a delinquere, alla violenza, o all'odio (in particolare, etnico e razziale).

D'altro canto, come già detto, all'uso delle reti sociali si collega la promozione di importanti valori e interessi. Le reti sociali contribuiscono alla realizzazione di fondamentali esigenze del singolo, cui corrispondono diritti costituzionalmente garantiti (libertà di comunicazione e associazione, espressione, manifestazione del pensiero, creazione letteraria e artistica, iniziativa economica, ecc.) e interessi pubblici (crescita della conoscenza, del dibattito pubblico, sviluppo economico, ecc.). Si potrebbe obiettare che la possibilità di intrecciare liberamente relazioni sociali virtuali può avere effetti socialmente negativi: potrebbe condurre ciascuno a limitare le proprie interazioni ai soggetti che più gli sono affini, isolandosi dal resto della comunità, estraniandosi rispetto a problemi, esigenze e opinioni degli "altri"⁵ o a sostituire i superficiali e facili contatti virtuali, ai rapporti della vita reale, più profondi ma anche più impegnativi. A noi sembra però che la curiosità umana e gli interessi di vita e lavoro ci conducano naturalmente ad allargare i nostri contatti, una volta che abbiamo accesso al network e alle diverse cerchie dei nostri amici e conoscenti (come evocato dal nome "Circles", che identifica i gruppi di condivisione nel nuovo social network Google+), e a passare dai rapporti virtuali alle interazioni nel mondo reale.

5. L'allocazione della responsabilità: premesse normative

Dato questo articolato insieme di soggetti e di interessi, ci dobbiamo interrogare su come possa incidere su di esso la disciplina della responsabilità dei provider delle reti sociali, cioè dei soggetti che forniscono le piattaforme (il software, l'hardware, i dati) di tali reti. In particolare prenderemo in esame la responsabilità del provider per informazioni illecite immesse in rete da parte degli utenti. A tal fine cercheremo di individuare alcuni criteri normativi, ispirati agli studi di diritto dell'economia, rispetto ai quali interpretare e valutare possibili discipline di diritto positivo.

Com'è noto, l'allocazione di responsabilità giuridiche (qui consideriamo in particolare la responsabilità civile) può svolgere diverse funzioni. Nelle pagine seguenti, non potendo qui sviluppare considerazioni pertinenti alle teorie generali della responsabilità ci limiteremo ad alcune

⁵ Tesi sviluppata in Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0.*, Princeton University Press, 2007.

considerazione a nostro parere rilevanti per il tema qui trattato. Ricordiamo che già Guido Calabresi, nella sua fondamentale opera sulla responsabilità per incidenti, osservava come sia impossibile e anzi inopportuno eliminare il rischio (la possibilità di danni) dalla vita dell'uomo, atteso che molte attività rischiose sono socialmente benefiche, poiché da esse derivano vantaggi individuali e sociali in genere superiori ai danni che esse possano procurare. Secondo tale autore la disciplina della responsabilità ha il compito di regolare tali attività rispondendo a due fondamentali esigenze: ridurre gli eventi dannosi e distribuire i loro costi, evitando che ricadano solo sul danneggiato. Un terzo obiettivo attiene al contenimento dei costi inerenti all'applicazione di tale disciplina.

Solitamente si osserva che un obbligo risarcitorio in capo al danneggiante può avere un effetto deterrente, così da ridurre gli eventi dannosi. In particolare, la responsabilità civile (per colpa o oggettiva) dovrebbe indurre l'interessato ad adottare tutte le cautele atte a minimizzare il costo sociale della propria attività.⁶ Inoltre quando il danneggiante possa assicurarsi o trasferire il costo del risarcimento su un'ampia platea di soggetti (per esempio, aumentando il costo dei prodotti potenzialmente dannosi), si otterrà una condivisione del costo degli eventi dannosi, evitando che tali eventi possano pregiudicare gravemente le condizioni di vita del particolare soggetto sul quale si abbattano.

Un'ulteriore considerazione attiene alla differenza tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Com'è noto, la responsabilità oggettiva facilita la posizione del danneggiato, che non ha l'onere di provare la colpa, il che può accrescere l'incentivo ad adottare efficaci cautele, non potendosi eludere la responsabilità nel caso in cui pur essendo stato il comportamento negligente non se ne possa fornire la prova. Essa inoltre cercherà di limitare l'esercizio di attività che tendano a essere socialmente disutili anche se esercitate con diligenza.⁷ Infatti, a differenza della responsabilità per colpa, la responsabilità oggettiva renderà svantaggioso anche l'esercizio diligente di un'attività, nelle ipotesi in cui tale esercizio comporti comunque danni ai terzi superiori ai vantaggi per il danneggiante. Ricordiamo le tesi sviluppate da Pietro Trimarchi già alla fine degli anni '60, il quale osservava che la responsabilità oggettiva fornisce incentivi capaci di indirizzare nel modo migliore il controllo del rischio da parte dell'imprenditore, favorendo la riduzione del danno e l'assicurazione contro di esso, così da ridurre al minimo i danni non risarciti.⁸

Bisogna però osservare che la responsabilità oggettiva potrebbe condurre a ridurre eccessivamente l'esercizio di attività socialmente utili. Il danneggiante, dovendo risarcire tutti i danni causati dalla propria attività, anche quelli che non avrebbero potuto essere prevenuti, o che avrebbero potuto esserlo solo a costi esorbitanti, internalizza tutti i costi sociali della propria attività, anche quanto non riesca ad appropriarsi dei benefici sociali che ne derivano. Pertanto, il potenziale danneggiante, se non riesce a trasferire su terzi i costi della responsabilità in cui potrebbe incorrere (per esempio aumentando i prezzi), è indotto ad astenersi dall'attività stessa (si pensi per esempio, al produttore di un vaccino, o di un dispositivo di sicurezza, di grande utilità nella maggioranza dei casi, ma con conseguenze negative in circostanze particolari). Si suole pertanto affermare che l'uso della responsabilità oggettiva si giustifica soprattutto rispetto ad attività che i cui costi sociali tendano a eccedere i benefici. All'opposto, quanto più un'attività ha effetti sociali positivi non internalizzabili, tanto più è opportuno alleggerire la responsabilità dell'attore. È tipico il caso del danno da informazione, in cui solo l'intenzione malevola o uno straordinario livello di negligenza può giustificare la responsabilità di chi trasmetta un contenuto in buona fede. In assenza di questa disciplina di favore, l'interessato in buona

⁶ Si veda, per una trattazione generale, Steven Shavell, *Liability for accidents* in A. Mitchell Polinsky – Steven Shavell (a cura di), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, Volume I, 139-182, 2007.

⁷ Almeno qualora la diligenza sia intesa come negli studi di diritto ed economica, cioè comprenda di tutte le tutte le precauzioni il cui costo non ecceda l'ammontare del danno atteso, si veda Steven Shavell, *Liability for accidents*, cit., 146 ss.

⁸ Pietro Trimarchi, *Causalità e danno*, Giuffrè, 1967.

fede potrebbe evitare di trasmettere informazioni per timore di incorrere in conseguenze risarcitorie, con conseguenze negative per quanto riguarda gli interessi individuali e sociali alla creazione e fruizione dell'informazione.⁹

Infine, bisogna distinguere la responsabilità per fatto proprio e la responsabilità per fatto altrui. Rispetto all'attività dei provider di social network, i profili di maggior interesse, sui quali ci soffermeremo nelle pagine seguenti, attengono ai danni conseguenti alle attività altrui, cioè degli utenti della rete sociale. Svolgendo il provider un'attività imprenditoriale, sono particolarmente rilevanti ai nostri fini le teorie che collegano responsabilità e rischio d'impresa.

Dobbiamo però osservare che qualora il soggetto responsabilizzato per l'attività di terzi possa condizionare lo svolgimento di quell'attività, ma non possa internalizzarne i benefici (di cui gode chi compie quell'attività o un terzo), quel soggetto potrà tendere a ridurre l'attività stessa o i modi del suo svolgimento, di là da quanto sarebbe socialmente ottimale.

Non vi è bisogno di dire che il tema della responsabilità civile si presterebbe a ben più ampie e argomentate considerazioni:¹⁰ le analisi economiche possono condurre a diversi risultati, a seconda del modo in cui sono interpretati i concetti di costo e benessere sociale.¹¹ Inoltre alle argomentazioni economiche si affiancano considerazioni pertinenti ai valori costituzionali, nonché idee di eguaglianza e giustizia (correttiva e distributiva). Tuttavia, le considerazioni appena esposte - unite, come vedremo, ad altre, attinenti ai modi in cui il provider può ridurre la possibilità di essere soggetto a responsabilità - possono essere sufficienti a spiegare perché sia opportuno introdurre forme di esenzione dalla responsabilità per il provider, come hanno fatto sia il legislatore statunitense (Communications Decency Act del 1996 e Digital Millennium Copyright Act del 1998, nel seguito DMCA) sia quello europeo (Direttiva sul commercio elettronico del 2000, attuata nel nostro ordinamento con Decreto legislativo n. 70 del 2003, nel seguito, Decreto sul commercio elettronico).

6. La responsabilità del provider nei social network: responsabilità oggettiva o per colpa?

Trasferiamo ora queste generalissime considerazioni allo specifico tema della responsabilità del provider di reti sociali e consideriamo quale potrebbe essere l'esito di diverse regolazioni giuridiche.

Innanzitutto, analizziamo l'attribuzione a carico del provider di una responsabilità oggettiva, per tutti i danni causati dall'attività di chi usi la rete sociale. Questa soluzione non è priva d'implicazioni vantaggiose. Il danneggiato potrebbe individuare con facilità il soggetto nei cui confronti esercitare l'azione risarcitoria, il quale sarebbe normalmente un soggetto solvibile (dotato, come si dice, di

⁹ Per alcune considerazioni al riguardo, sviluppate specificamente con riferimento al cyberspazio, si veda Keith N. Hylton, Property Rules, Liability Rules and Immunity: An Application to Cyberspace, *Boston University Law Review*, 1-39, 2007.

¹⁰ Per un recente riepilogo della discussione sulle funzioni della responsabilità civile, si veda Massimo Franzoni, *Il Danno Risarcibile*, Giuffrè, 2010, Parte III, Titolo I, Capitolo I e Guido Alpa, Dove Va la Responsabilità Civile, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 175-212, 2010.

¹¹ Come è noto, il benessere sociale (social welfare) di una certa allocazione di risorse può essere valutato in diversi modi: in base alla ricchezza disponibile, misurata dal valore monetario che le attribuisce il titolare (come risulta dal criterio dell'efficienza di Kaldor-Hicks), all'utilità che gli interessati ne possono trarre (secondo l'utilitarismo classico), alla maggiore o minore eguaglianza della distribuzione (come indicata, da esempio, dall'indice di Gini). Inoltre diversi assetti possono essere giudicati diversamente in base all'oggetto la distribuzione si esamina (utilità, beni, capacità), ecc. Di conseguenza la disciplina giuridica che induce un certo assetto può essere valutata diversamente, pur rimanendo nell'ambito di un indirizzo ispirato all'economia, a seconda di come si caratterizzi la funzione di benessere sociale, si veda Louis Kaplow - Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002.

“tasche profonde”, *deep pocket*). Il provider, si afferma, potrebbe distribuire il rischio del danno tra gli utenti, aumentando il costo del servizio, cosicché gli utenti, *pro rata*, si farebbero carico del rischio di comportamenti dannosi.¹² Inoltre, il provider avrebbe un forte incentivo ad adottare soluzioni tecnologiche e organizzative atte a prevenire danni ai terzi. Proprio questo aspetto, spesso addotto a sostegno della preferenza per un regime di responsabilità oggettiva rispetto alle attività imprenditoriali, diventa però problematico nel caso del provider che ospiti contenuti prodotti dagli utenti. Infatti, il provider, per sfuggire agli obblighi risarcitori, dovrebbe attivarsi per eliminare i materiali che potrebbero esporlo a responsabilità. Non esistendo strumenti automatici in grado di individuare con precisione i contenuti illeciti, il provider dovrebbe impiegare costosa manodopera al fine di individuarli. L'accertamento dell'illiceità dei contenuti disponibili su una piattaforma è però difficile e incerto anche per l'uomo, involgendo la combinazione di due giudizi: il giudizio di fatto teso a rilevare che un certo contenuto è presente sul network (ad esempio, un video, un filmato, la descrizione del comportamento di una persona), e il giudizio giuridico consistente nel rilevare che il contenuto è illecito. Quest'ultimo giudizio presenta difficili profili, in particolare qualora l'attività che interferisce con i diritti altrui sia riconducibile all'esercizio di un diritto fondamentale (libertà di espressione, opinione, critica, creazione artistica).

Il provider, che non ha un interesse diretto alla distribuzione del materiale (di là dell'esigenza di mantenere e allargare la cerchia dei propri utenti e l'ambito dei propri contenuti), se responsabilizzato tenderà ad abbondare per eccesso, rimuovendo tutti i contenuti suscettibili di esporlo a responsabilità, e anzi precludendo l'ingresso ai contenuti potenzialmente dannosi. Per restringere l'area dei falsi negativi (informazioni illecite erroneamente escluse) il provider sarà inevitabilmente portato ad estendere l'area dei falsi positivi (informazioni non illecite erroneamente escluse). Ciò pregiudicherebbe inevitabilmente tanto la libertà degli utenti, quanto la creatività della rete, e la sua funzione nel dialogo pubblico. Responsabilizzando il provider si darebbe cioè vita ad una “censura collaterale” (*collateral censorship*),¹³ tesa a prevenire possibili responsabilità. Se la funzione sociale del provider di piattaforme per contenuti creati dagli utenti è quella di creare spazi di libertà per i propri utenti, cioè, dare a questi la possibilità di esprimersi e di contribuire alla scrittura della rete, sembra incongruo responsabilizzare il provider per i modi in cui gli utenti esercitano tale libertà.

È opportuno rilevare un'importante differenza tra le reti social e i giornali, per i quali è prevista la responsabilità del direttore e editore. Infatti, mentre l'editore del giornale ha un forte interesse alla pubblicazione degli articoli, ciascuno dei quali è importante elemento del giornale e concorre a determinarne il valore commerciale, il titolare di una piattaforma aperta per il Web ha scarso interesse alla presenza di un particolare contributo, tra le innumerevoli pagine pubblicate sulla piattaforma, e pertanto normalmente anziché difendere quel contributo di fronte alle rimostranze dei terzi, preferirà procedere alla sua eliminazione.¹⁴

Questa giustificazione dei limiti alla responsabilità del provider trova applicazione soprattutto per quanto riguarda i contenuti creati e comunicati dall'utente (nei quali può attuarsi la libertà di creazione ed espressione). Più limitata sembra la sua applicazione alle violazioni del diritto d'autore, salvo che si

¹² Per questa tesi, si vedano Douglas Lichtman – William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, *Harvard Journal of Law and Technology*, 395-410, 405 ss., 2003, secondo i quali la responsabilità indiretta (*indirect liability*) per la violazione del diritto d'autore potrebbe operare come una tassa a carico degli utenti del servizio. Con riferimento ai danni da virus e difetti software, si veda Doug Lichtman – Eric A. Posner, *Holding Internet Service Providers Accountable*, in Mark F. Grady – Francesco Parisi (a cura di), *The Law and Economics of Cybersecurity*, 221-259, Cambridge University Press, 2006.

¹³ Jack M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, *Pepperdine Law Review*, 101–118, 2008.

¹⁴ Come osserva anche a questo riguardo Jack M. Balkin, *The Constitution in the National Surveillance State*, *Minnesota Law Review*, 1–25, 2008. Questo aspetto è affrontato altresì in Ugo Pagallo, *Sul Principio di Responsabilità Giuridica in Rete*, *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 705–734, 2009.

contesti la distribuzione di opera derivata creata dall'utente utilizzando contenuti altrui. Si è tuttavia osservato che vi sarebbe giustificazione economica anche per l'esenzione della responsabilità del provider rispetto ai software forniti tramite social networks, e in particolare ai software che possano causare danni ai computer degli utenti della rete (software malfunzionanti o intesi ad arrecare danno, come i virus).¹⁵ La prevenzione della diffusione di software siffatti comporterebbe intromissioni nella libertà degli utenti o nella loro privacy, con costi individuali e sociali superiori ai possibili benefici.¹⁶ Inoltre, in tutti questi casi troverebbe applicazione il principio sopra enunciato, secondo il quale la responsabilizzazione del provider comporterebbe l'internalizzazione dei costi sociali (e non dei benefici) e quindi, l'eccessiva auto-limitazione di un'attività giovevole ai singoli e alla comunità (la creazione e la distribuzione di software, l'innovazione tecnologica ed economica), e si tradurrebbe in una perdita di utilità sociale (anche senza considerare la preminenza delle libertà fondamentali rispetto ad altre considerazioni).

Alla tesi secondo cui la responsabilizzazione del provider comporterebbe effetti censorii, si potrebbe obiettare che il provider non dovrebbe necessariamente attivarsi per prevenire il danno, ma potrebbe limitarsi a compensare i danni passando i costi agli utenti.¹⁷ Condividiamo però il controargomento che questa soluzione comporterebbe costi per il provider tanto elevati da snaturarne la funzione, e da ridurre eccessivamente l'ambito di attività (pregiudicando i vantaggi sociali che ne derivano).¹⁸ Si richiederebbe infatti un radicale cambiamento nel modello imprenditoriale (il *business model*) adottato nelle reti sociali (e in altre piattaforme per la distribuzione di contenuti su Internet), oggi basato sulla gratuità del servizio. Il costo dell'abbonamento precluderebbe a molti l'accesso al network, con conseguenti inefficienze e diseguaglianze: molti sarebbero privati della possibilità di usare i social network per sviluppare la propria personalità ed esercitare i propri diritti, senza che alcuno tragga corrispondenti vantaggi. Allo stesso modo, eventuali restrizioni all'uso di Internet imposte dai provider per prevenire l'inserimento di contenuti illeciti precluderebbero inevitabilmente anche usi leciti, giovevoli sia all'interessato sia alla società.

Simili critiche possono opporsi anche alla prospettiva della responsabilizzazione del provider per colpa, inerente all'omissione di misure precauzionali che avrebbero prevenuto l'immissione o la circolazione di contenuti vietati. Infatti, la colpa del provider non può ravvisarsi semplicemente nell'omissione della misura consistente nella rimozione di un particolare contenuto vietato. È vero, il provider potrebbe facilmente rimuovere quel contenuto, ma solo quando sapesse che esso è presente e avesse la certezza della sua illiceità: se tale mancata conoscenza fosse incolpevole, lo sarebbe anche la mancata rimozione. La colpa del provider dovrebbe consistere nella mancata adozione di misure in generale atte a prevenire efficacemente la diffusione di contenuti illeciti di quel tipo, misure il cui costo non eccedesse il beneficio derivante dalla riduzione del danno. In mancanza di tecniche automatiche atte a garantire l'esclusione di tutti i materiali illeciti e solo di essi, le sole tecniche economicamente sostenibili (la cui omissione possa quindi considerarsi colpevole) sembrano quelle comportano altresì all'esclusione di contenuti leciti, con impatti negativi sulla libertà degli utenti della rete o sulla creatività di Internet, come abbiamo sopra indicato.

¹⁵ Mark A. Lemley, Rationalising Internet Safe Harbours, *Journal on Telecommunication and High Technology Law*, 101–119, 2007.

¹⁶ Aspetto emerso nel 2007 nel caso *Peppermint*, nel quale il Tribunale di Roma ritenne, alla luce di una comparazione degli interessi in gioco che il provider non potesse sorvegliare i propri utenti per rilevare se essi scaricassero opere protette (ordinanza 16.07.2002) e il Garante ordinò la cancellazione (provvedimento 28.02.2008).

¹⁷ Douglas Lichtman – William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement, *cit.*, 395, 2003.

¹⁸ Mark A. Lemley, Rationalising Internet Safe Harbours, *cit.*

Inoltre, se è vero che l'astensione dai controlli è necessaria a garanzia di preminenti interessi (e valori costituzionali), dobbiamo concludere che il rischio che ne deriva per i terzi è un rischio lecitamente creato, che pertanto non può condurre a una responsabilità per colpa.

La tesi qui sviluppata si oppone a quella recentemente avanzata da Carlo Rossello.¹⁹ Secondo questo Autore il provider potrebbe considerarsi responsabile per responsabilità oggettiva, o almeno per responsabilità professionale qualificata da colpa presunta (in base all'art. 2050 c.c.), in base al principio del rischio d'impresa (*cuius commoda eius et incommoda*). Tale giustificazione si correlerebbe al fatto che i provider traggono notevoli profitti dalla propria attività, cosicché ben potrebbero far fronte alle esternalità negative che ne derivano. Secondo questo Autore le esenzioni da responsabilità per il provider si spiegano come una sovvenzione data allo stesso a carico dei terzi danneggiati, esenzione che si giustifica con lo scopo temporaneo di facilitare la crescita di Internet. Tale sovvenzione non sarebbe più giustificata oggi, quando i provider sono imprese mature, che ottengono enormi profitti. Come abbiamo osservato, sopra questa tesi non ci sembra condivisibile perché tralascia un aspetto fondamentale: il provider (che rimanga neutrale) ha il compito di predisporre uno spazio di libertà per i propri utenti, ed è l'uso di questo spazio da parte degli utenti che genera sia i profitti del provider sia i danni a carico dei terzi. Responsabilizzare il provider per i danni che derivano dai comportamenti degli utenti significherebbe inevitabilmente compromettere questo spazio e i valori giuridici che in esso si possono realizzare.

7. La responsabilità del provider: quali esenzioni?

A nostro parere la soluzione più opportuna sembra essere quella che offre piena esenzione da ogni responsabilità per il provider in due distinte ipotesi: la collaborazione con le autorità competenti o la rimozione dei contenuti illeciti. Questa soluzione può essere sostenuta, a nostro parere, anche sulla base dell'interpretazione della normativa vigente, e in particolare agli artt. 16 e 17 del summenzionato Decreto sul Commercio Elettronico.²⁰

Nella prima ipotesi l'esenzione della responsabilità consegue alla collaborazione con le autorità competenti. Tale collaborazione potrebbe attuarsi (in modi che corrispondono alle previsioni di cui agli articoli 16 e 17 del Decreto sul commercio elettronico) quando il provider: (a) provveda tempestivamente a informare le autorità competenti, qualora riceva segnalazioni concernenti la presenza d'informazioni possibilmente lesive o abbia conoscenza dell'indubbia illiceità di tali informazioni; (b) se richiesto dall'autorità competente, rimuova i contenuti illeciti e fornisca indicazioni necessarie a individuare l'autore del messaggio che ha causato il danno. Circa il punto (a), a nostro parere, le condizioni indicate dovrebbero considerarsi alternativamente sufficienti. Il provider che abbia ricevuto segnalazione dagli interessati dovrebbe attivarsi, informando l'autorità competente, anche quanto l'illiceità dei contenuti gli appaia solo possibile (non manifesta e indiscutibile, ma neppure ragionevolmente escludibile). In questo modo si potrebbe conciliare la dovuta attenzione verso i potenziali controinteressati (il danneggiato, o chi si faccia portatore dei suoi interessi), alle cui rimostranze il provider dovrebbe dare seguito, con l'attenzione per gli interessi degli utenti. In assenza

¹⁹ Si veda Carlo Rossello, *Riflessioni De Jure Condendo in Materia di Responsabilità del Provider*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 617-629, 2010. Per lo sviluppo della tesi opposta, con riferimento allo stesso caso (la sentenza del tribunale di Milano su Google vs Vividown), si veda Giovanni Sartor – Mario Viola de Azevedo Cunha, *Il Caso Google-Vividown tra Protezione dei Dati e Libertà di Espressione On-line*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 645-671, 2010.

²⁰ Tra le monografie sulla responsabilità del provider si vedano, in particolare, Francesco Di Ciommo, *Evoluzione Tecnologica e Regole di Responsabilità Civile*, EDI, 2002, Giovanni Maria Riccio, *La Responsabilità Civile degli Internet Providers*, Giappichelli, 2002 e Marcello De Cata, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Giuffrè, 2010. Si veda anche Luca Nivarra, *Responsabilità del provider*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Utet, 2003.

di tale segnalazione solo l'effettiva conoscenza di circostanze tali da rendere l'illiceità manifesta e indiscutibile nel caso concreto potrebbe fondare una responsabilità del provider. In questo modo possiamo conciliare l'uso dell'espressione "fatti o [...] circostanze che rendono manifesta l'illiceità" nell'articolo 16 con "presunte attività o informazioni illecite" nell'articolo 17 del Decreto sul Commercio Elettronico. Si noti che per l'obbligo di attivarsi in assenza di segnalazioni non dovrebbe bastare la conoscenza di circostanze tali da rendere probabile l'illiceità. Si richiederebbe invece la conoscenza di circostanze tali che l'illiceità sia "al di là di ogni ragionevole dubbio", e non può bastare la possibilità di conoscere tali circostanze (la presenza di contenuti con caratteristiche tali da apparire illeciti al di là di ogni ragionevole dubbio), si richiede la loro effettiva conoscenza. Una simile tesi è stata affermata con riferimento all'esigenza di riformare il diritto statunitense, ove si proposto che, come già oggi avviene in relazione al *trademark enforcement*, il provider "innocente" dovrebbe essere esente da responsabilità, l'innocenza essendo esclusa solo dalla colpa grave o cosciente (*recklessness*) e non dalla mera negligenza.²¹

Nella seconda ipotesi l'esenzione deriva dall'attività del provider che tempestivamente elimini i contenuti che ritiene lesivi dei diritti altrui, in conformità al contratto per l'utilizzo della piattaforma, informandone l'autore e possibilmente sentendolo preventivamente. Il provider che scelga la seconda via si esporrà però alla possibile azione da parte dell'autore dei contenuti, che potrà lamentare una violazione del contratto o comunque dei propri diritti, qualora le informazioni rimosse risultino invece conformi al contratto (o quando le clausole contrattuali che ne prevedono la rimozione siano incompatibili con le libertà fondamentali, in primo luogo la libertà di espressione). L'utente che lamenti l'ingiusta rimozione dei propri contenuti dovrebbe potersi rivolgere sollecitamente all'autorità competente (la stessa cui avrebbe potuto rivolgersi il provider), al fine di ottenere una decisione provvisoria (salva la possibilità di successivo ricorso alla magistratura). Una disciplina ideale dovrebbe però comminare l'invalidità delle clausole contrattuali che comportino la completa soggezione dell'utente all'arbitrio del provider circa l'eliminazione dei contenuti (consentendo al provider di rimuovere qualsiasi contenuto a sua discrezione), pregiudicando i diritti fondamentali dell'utente e in particolare la sua libertà di espressione (clausole siffatte sono contenute nelle condizioni contrattuali previste da talune reti sociali, quali Facebook).

In conclusione, le due ipotesi appena descritte (comunicazione all'autorità competente circa la presenza di contenuti illeciti, o loro diretta eliminazione) sono a nostro parere parallele. Pertanto il provider, nel singolo caso concreto, dovrebbe poter scegliere quale strategia adottare. Egli sceglierà la seconda strategia quando l'eliminazione del contenuto illecito risponda non tanto alla tutela dei diritti altrui (che spetta all'interessato e alle autorità competenti) quanto alla policy commerciale adottata con riferimento alla piattaforma secondo il contratto stipulato con gli utenti – policy che può comprendere la rimozione dal sito di certi tipi di contenuti (es., contenuti pornografici, violenti, incitazioni all'odio, ecc.). Come appena osservato, quando il provider scelga di attuare anche (o prevalentemente) la seconda strategia, non dovrebbe derivarne a nostro parere alcun diritto aggiuntivo per i terzi. Per esempio, il fatto che un provider proceda all'eliminazione dei contenuti pornografici o violenti dalla propria piattaforma, al fine di offrire ai propri utenti un ambiente generalmente privo di tali contenuti, non lo esporrà a responsabilità per contenuti diffamatori presenti nella piattaforma stessa.

Ci sembra quindi che debba essere superata l'opinione spesso enunciata secondo la quale provider che "controlla" il sito, rimuovendo talune categorie di contenuti, perderebbe l'esenzione da responsabilità per i contenuti illeciti contenuti nel sito stesso. A nostro parere il presupposto della responsabilità non è il controllo, ma l'obbligo di controllare, obbligo che non viene a esistenza per il mero fatto che il provider scelga di attivarsi. La causalità giuridica tra controllo e responsabilità (il fatto che secondo il diritto, il controllo determini la responsabilità) può giustificarsi rispetto agli interessi dei soggetti

²¹ Così Mark A. Lemley, *Rationalising Internet Safe Harbours*, *cit.*, p. 105 s.

potenzialmente lesi dai contenuti illeciti: ovvia reazione del provider, qualora controllo implicasse responsabilità, sarebbe, infatti, l'omissione di ogni controllo, con accresciuta possibilità di lesioni. Tale causalità potrebbe giustificarsi solo con riferimento alla tutela delle libertà dei potenziali danneggiati: essa indurrebbe all'omissione di ogni controllo da parte del provider (per tema di dover incorrere in responsabilità nei confronti di eventuali danneggiati) e darebbe maggior spazio d'azione a chi intenda pubblicare liberamente contenuti on line. Ci sembra però che stabilire una connessione giuridica tra controllo e responsabilità avrebbe implicazioni socialmente disutili. La responsabilizzazione del provider "attivo" infatti, scoraggerebbe la realizzazione di siti Web che, per esempio, siano relativamente privi da pornografia o istigazioni all'odio (rispondendo alle esigenze dell'utenza che non desidera, essere esposta a tali contenuti), o anche siti (o forum) dedicati a temi particolari, e dai quali debbano quindi essere espunti messaggi fuori tema (per andare incontro agli interessi degli utenti).

L'ideale disciplina giuridica prospettata può lasciare il danneggiato insoddisfatto in due casi. Il primo è quello nel quale l'autore del contenuto, individuato con la collaborazione del provider, non sia solvibile. Questa ipotesi è peraltro limitata, poiché in genere sarà possibile una copertura almeno parziale del danno, e un certo effetto deterrente potrebbe essere assicurato dalle sanzioni sociali e da quelle interne alla rete (come l'esclusione del danneggiante, per un periodo più o meno lungo).

Più importante è il secondo caso, quello nel quale non si possa individuare il responsabile, essendo questi protetto dall'anonimato. In questa ipotesi non solo il danneggiato rimarrebbe insoddisfatto, ma la responsabilità civile non eserciterebbe alcuna deterrenza sull'autore di messaggi illeciti. Di conseguenza, si è affermato, solo i provider che identifichino gli autori dei messaggi resi disponibili on-line, e forniscano tali informazioni alle autorità competenti, dovrebbero poter godere dell'esenzione.²² Questo orientamento (già adottato dalla giurisprudenza di alcuni Paesi) rafforzerebbe la disciplina del Decreto Legislativo n. 109 del 2008 (che attua la direttiva Europea 2006/24/CE in tema di conservazione dei dati, o *data retention*), affiancando all'obbligo di conservazione dei dati l'onere di identificare la persona cui essi corrispondono. A questa opinione si oppone l'importanza dell'anonimato, quale garanzia di libertà, soprattutto per chi viva in regimi oppressivi. Di fatto, l'anonimato in rete è spesso solo apparente, potendo l'utente essere identificato tramite l'IP utilizzato. Resta però la possibilità di utilizzare accorgimenti per operare in modo anonimo (software per l'anonimizzazione, uso di accessi pubblici, ecc.), evitando di fatto ogni responsabilità. Ci si deve pertanto chiedere se, alla luce degli interessi in gioco, sia opportuno responsabilizzare in questi casi il provider, inducendolo a impedire l'uso anonimo dei network, o se le esigenze della libertà di espressione debbano prevalere su quelle del risarcimento e della deterrenza. A nostro parere, almeno allo stato delle cose, sembra che la priorità dovrebbe essere riconosciuta alla libertà di espressione e che quindi anche il provider che ammetta partecipazioni anonime al proprio network dovrebbe potersi avvalersi dell'esenzione dalla responsabilità, sempre che intervenga tempestivamente, quando richiesto, a contattare l'autorità competente o a rimuovere le informazioni illecite. Si potrebbe forse argomentare che nel caso d'informazioni anonime il provider potrebbe sempre scegliere di rimuoverle immediatamente di propria iniziativa (o dietro segnalazione), nell'incertezza sulla loro illiceità, senza temere responsabilità nei confronti dell'autore del messaggio.²³

²² Mark A. Lemley, *Rationalising Internet Safe Harbours*, *cit.*

²³ Sull'anonimato, si veda Giusella Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'Anonimato*, Cedam, 2008.

8. Oneri del provider e neutralità

In conclusione, la disciplina che meglio garantisce i diversi interessi in gioco è quella che prevede che il provider del social network abbia l'onere di attivarsi (per evitare responsabilità qualora un contenuto risulti illecito) solo quando sia data una delle seguenti condizioni: (a) sia pervenuta al provider una segnalazione circa la presenza di un contenuto che appaia possibilmente illecito, o (b) il provider sia a conoscenza di circostanza tali da rendere manifesta e indiscutibile l'illiceità. Date queste condizioni, il provider dovrebbe a sua scelta, potersi attivare in due modi: (1) procedendo tempestivamente a contattare l'autorità competente o (2) rimuovendo il contenuto ritenuto illecito. Qualora il provider rimuovesse direttamente il contenuto, egli si esporrebbe però al rischio della responsabilità nei confronti dell'utente che abbia immesso il contenuto (qualora questo non risultasse illecito, a giudizio dell'autorità competente), per violazione del contratto di utenza o comunque dei diritti dell'utente (in particolare il diritto di manifestazione del pensiero). La responsabilità nei confronti dell'autore del messaggio dovrebbe invece essere esclusa quando il provider scegliesse di rivolgersi all'autorità competente.

La soluzione prospettata richiede però che si realizzino due condizioni: che vi sia un'autorità competente, in grado di rispondere tempestivamente alle sollecitazioni del provider (o dei soggetti lesi che si rivolgano direttamente a tale autorità) e degli utenti. Tale autorità dovrebbe operare nel contraddittorio delle parti. In particolare l'autore del contenuto da rimuovere dovrebbe avere la possibilità di esprimere la propria opinione, prima della decisione, o successivamente nei casi di urgenza (chiedendo che il contenuto ritorni immediatamente a far parte del social network).

Ovvio presupposto dell'esenzione è che il provider non abbia contribuito alla predisposizione del contenuto lesivo pubblicato nel social network (o altra piattaforma online), e sia rimasto pertanto neutrale rispetto al contenuto creato dall'utente, limitandosi a predisporre l'ambiente e le funzionalità grazie alle quali l'utente potesse creare, comunicare e pubblicare quel contenuto. Riteniamo peraltro che il provider dovrebbe considerarsi neutrale anche quando svolga la propria attività a fini di profitto, anche quando percepisca un compenso da parte dell'autore del messaggio (come nel caso delle inserzioni pubblicitarie, come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 marzo 2010, Casi da C-236/08 a C-238/08, *Google France e Google*), e anche quando adotti e applichi coerentemente la policy aziendale consistente nel rimuovere certe categorie di contenuti, secondo le condizioni contrattuali per l'uso del sito. La neutralità del provider consiste, infatti, nel fornire un ambiente per la distribuzione e la propagazione di contenuti di un certo tipo da parte dell'utenza, secondo le condizioni indicate nel contratto, funzione che rimane tale anche quando il provider non sia completamente passivo (limitandosi a fornire lo spazio Web) ma faciliti l'accesso ai contenuti, e rimuova i contenuti che a suo giudizio non rispettino le condizioni indicate nel contratto (salva la possibilità di reazione giuridica dell'autore che ritenga che il provider abbia operato tale esclusione in modo scorretto o discriminatorio).

Nelle pagine precedenti si sono tracciate le linee di una disciplina ideale della responsabilità del provider di piattaforme per social network. Resta da esaminare come tale disciplina si rapporti al nostro diritto positivo, a norma degli articoli 16 e 17 del Decreto sul commercio elettronico e delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che ne sono state date. In questa sede ci limitiamo a osservare che a nostro parere è possibile argomentare per un'interpretazione del Decreto coerente con la soluzione sopra tratteggiata, anche se – come è noto – in tale materia le soluzioni giurisprudenziali sono state e sono quanto mai eterogenee. Accanto a sentenze che hanno assimilato il provider all'editore o direttore responsabile di un giornale, che ne hanno riconosciuto la responsabilità per attività pericolosa ex art. 2050 c.c., o per attività colposa, che l'hanno addirittura assoggettato a sanzione penale, ve ne sono altre che invece hanno riconosciuto, in modo più o meno ampio, le esenzioni previste dal Decreto sul Commercio elettronico. Nell'impossibilità di esaminare

l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia ci si limiterà, nelle pagine seguenti, ad affrontare alcune questioni specifiche, alla luce del modello normativo sopra sviluppato.

9. Il provider quale moderatore?

Come detto ampiamente nella prima parte di questo contributo, la natura propria delle reti sociali è quella di favorire l'interazione diretta tra gli utenti, i quali si scambiano informazioni, condividono interessi e opinioni, esprimono il proprio apprezzamento (per esempio attraverso la funzionalità 'like' di Facebook) per i contenuti condivisi dai propri amici virtuali. La posizione del gestore del network sembra quindi assimilabile, da un lato, a quella di un creatore di applicazioni (il provider fornisce il software della piattaforma) e, dell'altro, a quella del moderatore di gruppi di discussione dotato della facoltà di autorizzare o meno l'inserimento e la permanenza di commenti degli iscritti al gruppo (il provider può rimuovere contenuti immessi in violazione del contratto con l'utente). Nei confronti di quest'ultimo sono peraltro difficilmente configurabili doveri analoghi a quelli previsti per le ordinarie pubblicazioni editoriali.²⁴

Anche recentemente, nel contesto di un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* relativo a *Yahoo! Answers*, il Tribunale di Bologna, con ordinanza in data 11 agosto 2011, ha affermato che "l'operatore che consente agli utenti di accedere ai newsgroup non può essere ritenuto responsabile per i messaggi che passano attraverso i propri elaboratori, in quanto si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio virtuale dell'area di discussione e non ha alcun potere di controllo e vigilanza preventive sugli interventi che vi vengono man mano inseriti, e che, diversamente, si verrebbe ad introdurre una nuova ed inaccettabile ipotesi di responsabilità oggettiva, in aperta violazione della regola generale dell'art. 2043 c.c. che, come è noto, fonda la responsabilità civile sulla colpa del danneggiante." L'affermazione del giudice sembrerebbe applicabile anche al provider, il quale non ha alcuna facoltà di controllo preventivo sui contenuti forniti dagli utenti, potendo eventualmente procedere alla rimozione dei contenuti lesivi solo successivamente all'immissione on line degli stessi. Rileviamo che questa conclusione potrebbe essere respinta se si argomentasse che la natura imprenditoriale del provider (almeno nel caso dei maggiori social network) ne comporta la soggezione al rischio d'impresa, e ne giustifica quindi il diverso trattamento rispetto al gestore di un blog. Ci sembra però che contro questa tesi, e a sostegno dell'esenzione da responsabilità anche per il provider imprenditore, potrebbero essere impiegate le argomentazioni sviluppate *supra sub* §§5 e 6.

10. Esonero da responsabilità mediante clausole contrattuali?

È sufficiente accedere alle pagine in cui i più popolari social network enunciano i propri *Terms&Conditions* (T&Cs) per comprendere, non solo la portata della licenza d'uso concessa all'utente, ma anche le condizioni di (esonero da) responsabilità del social network in veste di provider della piattaforma e, subordinatamente, quelle degli sviluppatori e gestori di applicazioni e siti Web che operano tramite tale piattaforma.

A titolo esemplificativo, è possibile fare riferimento alla lettura del combinato disposto degli articoli 5 e 11 dei T&Cs di Facebook. Dopo aver enunciato il divieto di pubblicare o eseguire azioni su Facebook che violino i diritti di terzi o contrastino in altro modo con la legge, si chiarisce che Facebook si riserva il diritto di rimuovere tutti i contenuti ivi pubblicati. Inoltre, se l'utente viola ripetutamente i diritti di proprietà intellettuale di terzi, Facebook disabiliterà il suo account nei casi in cui lo riterrà opportuno. Con specifico riguardo agli sviluppatori/gestori di applicazioni e siti Web, si chiarisce che questi sono responsabili delle proprie applicazioni e dei relativi contenuti, nonché del

²⁴ Leopoldo Vignudelli, *Il Gestore del Forum: Spunti su Identificazione dell'Utente, Anonimato e (Ir)responsabilità*, *Rivista dell'Informazione e dell'Informatica*, 107-117, 2011.

modo in cui utilizzano la piattaforma messa loro a disposizione. Questi ulteriori provider sono tenuti a garantire che l'applicazione o l'utilizzo della piattaforma rispettino i T&Cs di Facebook. A tale scopo, viene ad esempio richiesto loro di redigere una propria normativa sulla privacy che chiarisca agli utenti quali dati personali verranno utilizzati e in che modo questi saranno visualizzati, condivisi o trasferiti. Ovviamente le clausole che "esonerano" Facebook da responsabilità non potranno valere nei confronti dei terzi danneggiati, operando solo nel rapporto contrattuale tra utente e Facebook.

Da tali disposizioni contrattuali si potrebbe trarre la conclusione che Facebook abbia adempiuto al proprio obbligo di informare l'utente circa la necessità di rispettare le regole di utilizzo della piattaforma e in particolare la privacy dei terzi. Quindi il provider-social network potrebbe non essere chiamato a rispondere delle eventuali conseguenze nascenti da tale mancato avvertimento (potrebbe essere peraltro arduo dimostrare un rapporto di causalità tra il mancato avvertimento e la violazione dell'utente). Ci si potrebbe però chiedere se tale avvertimento non debba essere rinnovato quando l'utente ponga in atto attività a rischio d'illiceità, quale il caricamento di foto e l'inserimento dei nomi di persone rappresentate nelle stesse (le cosiddette tag).

11. Quali controllori, quali procedure?

Nelle pagine precedenti si è affermata la validità del modello secondo il quale si prevede che un'autorità indipendente sia chiamata a decidere della rimozione dei contenuti illeciti, esonerando da ogni responsabilità il provider che, accogliendo la segnalazione dell'utente, si sia rivolto a essa. Condizione necessaria per il funzionamento del modello è però la presenza di un'autorità competente caratterizzata da adeguate garanzie d'imparzialità e capace di intervenire tempestivamente, operando secondo una procedura corretta. Queste tematiche sono emerse recentemente con riferimento al diritto d'autore e in particolare con riguardo ai poteri dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM).

Successivamente alla conclusione della propria indagine conoscitiva su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", in data 17 dicembre 2010 l'AGCOM pubblicava i "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" e lanciava una consultazione pubblica volta a raccogliere le osservazioni dei vari interessati.

La bozza di regolamento AGCOM ha destato perplessità²⁵ a cominciare dall'effettiva competenza regolatoria dell'Autorità nella materia del diritto d'autore. Mentre non si discute dell'esistenza di un potere di vigilanza dell'Autorità e della Società Italiana Autori ed Editori (SIAE) – nell'ambito delle rispettive competenze – al fine di prevenire ed accertare le violazioni della Legge sul diritto d'autore (essendo tale potere espressamente previsto dall'articolo 182-bis di detta legge), più difficile è ravvisare nell'articolo 32-bis del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 così come modificato dal D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44) la base normativa per un intervento regolamentare dotato dei caratteri di pervasività e incisività propri invece della proposta dell'Autorità. La procedura d'intervento inizialmente approntata prevedeva infatti che, qualora non vi fosse stata rimozione dei contenuti illeciti entro 48 ore dalla richiesta del titolare, l'AGCOM avrebbe proceduto ad accertare, in contraddittorio con i soli titolare del diritto e gestore del sito/fornitore del servizio di media audiovisivo (quindi senza la partecipazione del soggetto responsabile dell'immissione dei contenuti contestati), l'effettiva illiceità di tale materiale e, in caso di riscontro positivo, ne avrebbe ordinato la rimozione.

La procedura così prevista sarebbe stata affine, secondo l'Autorità, al sistema di *notice and takedown* previsto dalla Section 512 DMCA. Tuttavia, è opportuno ricordare che là non si prevede l'intervento

²⁵ Su cui si veda – *inter alia* – Eleonora Rosati, Searching Responsibilities for Service Providers: Italian Courts and AGCOM Find (Too) Many Results, *Entertainment Law Review*, 169-174, 173, 2011.

di autorità amministrative, bensì una procedura che coinvolge i soli *rights owners* e service provider. In ogni caso, poi, la Section 512(3)(j) DMCA prevede che la concessione di qualsiasi rimedio contro la violazione sia di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria.

A fronte di numerose polemiche (e notevole interessamento da parte dell'opinione pubblica), la procedura è stata modificata. In data 6 luglio 2011 è stato pubblicato uno schema di regolamento (contestualmente assoggettato a consultazione pubblica per i sessanta giorni successivi alla data della pubblicazione) che prevede un meccanismo di segnalazione ed eventuale rimozione parzialmente diverso rispetto a quanto in precedenza proposto. La principale novità è rappresentata dalla circostanza per cui il procedimento avanti l'AGCOM sarebbe ora alternativo e non sostitutivo del ricorso all'autorità giudiziaria. In ogni caso, infatti, il deferimento della questione all'Autorità non potrebbe essere promosso prima della conclusione della procedura dinanzi al gestore del sito o al fornitore del servizio o se per il medesimo oggetto e tra le stesse parti è stata già adita l'autorità giudiziaria.

Tuttavia, anche questa nuova proposta non è andata esente da critiche. Le prime osservazioni hanno riguardato l'esiguità dei tempi del procedimento a scapito di esigenze di garanzia, il potere di comminare le sanzioni previste dall'art. 1, comma 31 della L. 31 luglio 1997, n. 249, la facoltà di interpretare le disposizioni in tema di libere utilizzazioni con criteri *ad hoc* (di cui all'articolo 10 dello schema di regolamento).

Nonostante queste perplessità, a nostro parere l'intervento dell'AGCOM a tutela del diritto d'autore online potrebbe essere inteso come compatibile con l'impianto complessivamente previsto dalla Direttiva sul commercio elettronico e dal D.Lgs. 70/2003, nonché con le raccomandazioni contenute nella prima parte del presente contributo. L'AGCOM dovrebbe però intervenire solo con riferimento a singoli specifici contenuti, la cui rimozione potrebbe essere ordinata solo a seguito di una procedura in contraddittorio con gli interessati, salva la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria, e senza alcuna responsabilità per il provider che ottemperi agli ordini dell'Autorità (anche se le sanzioni in caso di inottemperanza sono da ritenersi probabilmente eccessive). L'adeguatezza del procedimento dipenderà però anche dalla capacità dell'AGCOM di caratterizzare il proprio intervento secondo principi di legalità ed equilibrio tra gli interessi in gioco, e dal modo in cui anche l'autorità giudiziaria interpreterà la propria funzione di controllo.

Le criticità testé rilevate sono particolarmente evidenti anche in due rinvii pregiudiziali avanti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea di cui si dirà nell'immediato prosieguo e relativi alla legittimità di sistemi di filtraggio (*filtering*) dei contenuti imposti da autorità giudiziarie nazionali nei confronti di service provider. È verosimile ritenere che l'esito di tali cause avrà un fondamentale impatto sulla ulteriore definizione del sistema di responsabilità dei provider (e più specificamente dei provider di reti sociali) fornendo anche all'AGCOM spunti di riflessione.

12. Sorveglianza elettronica?

Il modello da noi proposto, deresponsabilizzando il provider, fa venir meno l'interesse di questo a rimuovere contenuti illeciti e, quindi, a sorvegliare il comportamento dell'utente, per prevenire l'immissione di tali contenuti. Resta però la possibilità che la sorveglianza avvenga non per scelta del provider, ma per ordine dell'autorità giudiziaria. Come anticipato, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi recentemente su tematiche di estremo interesse per lo sviluppo della normativa e dell'approccio al diritto d'autore su Internet.

Il primo rinvio pregiudiziale (causa C-70/10) nella controversia pendente avanti la Corte d'appello di Bruxelles tra Scarlet Extended e la Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) concerneva la legittimità dell'eventuale ordine del giudice nazionale nei confronti di un fornitore di accesso ad Internet, consistente nell'adozione di un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, al fine di individuare e reprimere eventuali violazioni del diritto d'autore.

Nel quadro della legge belga sul diritto d'autore e diritti connessi del 30 giugno 1994, Sabam aveva infatti convenuto in giudizio il fornitore di accesso ad Internet Scarlet, di proprietà di Belgacom SA, al fine di ottenere il rilascio di misure volte a prevenire e reprimere violazioni del diritto d'autore commesse dai destinatari dei servizi del provider di accesso alla rete, soprattutto attraverso programmi di condivisione di file (*file sharing*). Accolte le richieste di Sabam in primo grado, Scarlet appellava la sentenza e la Corte d'appello di Bruxelles decideva di rinviare alla Corte di Giustizia per chiarire – inter alia – se le Direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le Direttive 95/46, 2000/31 e 2002/58, interpretate, in particolare, alla luce degli artt. 8 e 10 CEDU, consentissero agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento nel merito e in base alla sola disposizione di legge che prevede che: "[E]ssi (i giudici nazionali) possono altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso", ad ordinare ad un Fornitore di Accesso ad Internet (FAI) di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, *in abstracto* e a titolo preventivo, esclusivamente a spese di tale FAI e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante l'impiego di software *peer to peer*, al fine di individuare, nella sua rete, la circolazione di file elettronici contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva sulla quale il richiedente affermi di vantare diritti, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi, al momento della richiesta o in occasione dell'invio.

In data 14 aprile 2011, l'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón rendeva note le proprie conclusioni, affermando che un giudice nazionale non può ordinare l'adozione, a spese del FAI e senza limitazioni di tempo, di un sistema di filtraggio così congegnato, in quanto contrario, tra l'altro, al diritto alla riservatezza e alle libertà di espressione e informazione, previsti anche dagli articoli 7, 8 e 11 CEDU.

In data 24 novembre 2011, la Corte di Giustizia ha pubblicato la relativa sentenza. In linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte ha affermato che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio come quello previsto nel caso di specie implicherebbe una sorveglianza su tutte le comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del FAI coinvolto. Tale sorveglianza, illimitata nel tempo, riguarderebbe qualsiasi futura violazione, postulando così che si debbano tutelare non solo opere esistenti, bensì anche opere future. Un'ingiunzione di questo genere, ha dichiarato la Corte, causerebbe una grave violazione della libertà di impresa del FAI in questione, poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'articolo 3, n. 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose. Inoltre, l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso non rispetterebbe l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa, appannaggio di operatori come i FAI. Per di più, gli effetti di detta ingiunzione non si limiterebbero al FAI coinvolto, poiché il sistema di filtraggio controverso sarebbe idoneo a ledere anche i diritti fondamentali dei clienti di tale FAI, ossia i loro diritti alla tutela dei dati personali e alla libertà di ricevere o di comunicare informazioni, diritti, questi ultimi, tutelati dagli articoli 8 e 11 CEDU.

Pertanto, un'ingiunzione che costringesse il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.

Analoga questione è stata posta dal Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Tribunale di primo grado) nella causa riguardante il social network Netlog (causa C-360/10). La domanda del giudice del rinvio era analoga a quella formulata nel caso *Scarlet Extended*, anche se specificamente relativa ai fornitori di servizi di hosting, quali sono i social network. Il giudice belga chiedeva se le Direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le Direttive 95/46, 2000/31 e 2002/58, interpretate alla luce

degli articoli 8 e 10 CEDU, consentissero agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale ad ordinare ad un fornitore di servizi di hosting di "predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio della maggior parte delle informazioni che vengono memorizzate sui suoi server, al fine di individuare file elettronici contenenti opere protette, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi file".

In data 16 febbraio 2012, la Corte di Giustizia ha reso nota la propria decisione, peraltro senza ricorrere all'opinione di un avvocato generale. La Corte, ribadendo le conclusioni raggiunte nella sentenza *Scarlet Extended*, ha osservato che un'ingiunzione rivolta al prestatore di servizi di hosting di predisporre un sistema di filtraggio come quello in discussione avanti il giudice belga "obbligherebbe tale prestatore a procedere ad una sorveglianza attiva della quasi totalità dei dati relativi a ciascuno degli utenti dei suoi servizi, onde prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale". Un'ingiunzione di questo tipo imporrebbe al prestatore di servizi di hosting una sorveglianza generalizzata, vietata dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31. Questa conclusione è rafforzata dalla considerazione che l'ingiunzione oggetto del procedimento principale non realizzerebbe, secondo la Corte, il necessario giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale e quella della libertà d'impresa, di cui beneficiano operatori quali i prestatori di servizi di hosting. Infatti, se è pur vero che un'ingiunzione del genere sarebbe volta a garantire la tutela dei diritti d'autore – in conformità con la decisione del 29 gennaio 2008 in *Promusicae* (causa C-275/06) – la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali.

A nostro parere un effettivo *enforcement* del diritto d'autore in Rete non deve necessariamente passare attraverso una responsabilizzazione dei fornitori di accesso o dei servizi di *hosting*. Come abbiamo affermato *supra sub* §§6 ss., mediante un efficace e tempestivo intervento di un'autorità imparziale, previa segnalazione dell'interessato, è possibile rispondere egualmente alle esigenze di tutela senza compromettere i diritti degli utenti e senza chiamare il provider ad assolvere l'improprio (ed ingrato) compito di sceriffo on line.²⁶

13. Responsabilità per la violazione della privacy dei terzi?

Diversamente dagli Stati Uniti, dove la privacy è oggetto soprattutto di forme di autoregolazione, in Europa il *corpus* normativo in materia è molto ricco.²⁷ Tuttavia, la principale fonte, la Direttiva 95/46, ha visto la luce in un'epoca in cui Internet era ad uno stadio di sviluppo iniziale e il Web 2.0 non esisteva ancora, tant'è che si è sostenuto l'opportunità di approntare una normativa *ad hoc* per la privacy sui social network.²⁸

Come si è già richiamato *sub* §3 della prima parte di questo lavoro, con un'opinione pubblicata in data 12 giugno 2009, il Gruppo di Lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati personali ha esaminato il modo in cui il funzionamento dei siti di social networking possa soddisfare le prescrizioni UE sulla protezione dei dati, osservando in primo luogo che i fornitori di tali servizi, così come i fornitori di applicazioni, sono responsabili del trattamento dei dati, con i relativi obblighi nei confronti degli utenti. Il documento sottolinea tuttavia che molti utenti agiscono in una sfera del tutto personale,

²⁶ Si veda Ugo Pagallo, Sul Principio di Responsabilità Giuridica in Rete, *cit.*.

²⁷ In proposito si vedano Mario Viola de Azevedo Cunha – Luisa Marin – Giovanni Sartor, Peer-to-Peer Privacy Violations and ISP Liability: Data Protection in the User-Generated Web, EUI Working Papers – LAW 2011/011, 2011 e James Grimmelmann, Saving Facebook, *cit.*

²⁸ Althaf Marsoof, Online Social Networking and the Right to Privacy: The Conflicting Rights of Privacy and Expression, *International Journal of Law and Information Technology*, 110-132, 2011.

contattando altri utenti nel quadro delle proprie attività personali, familiari o domestiche. In questi casi varrebbe la cosiddetta esenzione domestica (*household exemption*) e le norme sul responsabile del trattamento non sarebbero pertanto applicabili. Peraltro non è escluso che eventuali responsabilità potrebbero sorgere in corrispondenza di attività secondarie, alle quali tale eccezione non sarebbe applicabile.²⁹ Le raccomandazioni principali del Gruppo di Lavoro concernono l'obbligo dei fornitori di servizi di social networking di conformarsi alla Direttiva 95/46 e di rispettare e rafforzare i diritti degli utenti, comunicando agli stessi non solo tutte le diverse finalità per le quali i dati personali sono elaborati, ma anche informandoli sul diritto dei terzi alla privacy.

Il tema della responsabilità dei provider per violazione della privacy è stata oggetto della decisione del Tribunale di Milano (sez. IV penale, sentenza 1972/2010) del 12 aprile 2010, che ha condannato tre dirigenti di Google Italia a sei mesi di reclusione (con sospensione della pena) per il reato di cui all'art. 167 del D.Lgs. 30 giugno 2003 N. 196 (Codice della privacy), rubricato "trattamento illecito di dati", a seguito della denuncia querela dell'associazione Vivi Down.³⁰

Nel settembre 2006, un video che ritraeva uno studente disabile vittima di abusi verbali e fisici da parte di alcuni suoi compagni di scuola era stato caricato sul sito <http://video.google.it> nella sezione "video divertenti", dove tra l'altro raggiunse il primo posto ed il ventinovesimo nella classifica dei download, con oltre cinquemila visualizzazioni al momento della sua rimozione. Il video fu rimosso solo a seguito dell'intervento della polizia postale, nel mese di novembre dello stesso anno.

Il giudice ha ravvisato la sussistenza del reato di cui all'art. 167 del Codice della privacy, in quanto il video consisteva in un trattamento di dati personali sensibili riguardanti la salute (ossia la raffigurazione della disabilità dello studente) avvenuto senza una corretta informativa. Il fine di profitto, che rappresenta il dolo specifico richiesto dall'articolo 167, è stato individuato nella gestione e operatività del sistema *Adwords*, che consente a Google di beneficiare degli indotti pubblicitari degli inserzionisti, collegati alla gestione dei dati immessi su Google Video, e quindi direttamente dipendenti dalla quantità e qualità dei medesimi. Ci limitiamo ad osservare che la decisione del Tribunale di Milano suscita perplessità sotto vari profili, tra i quali i principi di personalità della responsabilità penale e di causalità (non è stato infatti considerato come la condotta criminosa potesse essere ascrivibile ai dirigenti di Google), di tassatività della norma penale (non ravvisandosi alcuna norma che imponga, con sanzione penale, di informare altri circa il rischio di arrecare danni a terzi), nonché l'interpretazione della normativa sulla privacy (essendo sanzionata penalmente la mancata informativa all'interessato, non quella rivolta ai terzi che illecitamente trasferiscano dati personali sulla piattaforma) ed il ruolo del provider in merito alle elaborazioni effettuate sulla piattaforma.

Non è questo il luogo per esaminare nel dettaglio il caso *Vividown*. Ci limitiamo a osservare che la soluzione accolta dalla sentenza si discosta non solo da quanto previsto dal nostro sistema di diritto positivo, ma anche dal modello teorico discusso e accolto nel presente contributo. Se questa soluzione

²⁹ Daniel B. Garrie – Rebecca Wong, Social Networking: Opening the Floodgates to "Personal Data", *Computer and Telecommunications Law Review*, 167-175, 173 ss., 2010.

³⁰ Per un ampio commento alla decisione si veda Giovanni Sartor – Mario Viola de Azevedo Cunha, The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents, *International Journal of Law and Information Technology*, 356-378, 2010. Si vedano anche le osservazioni di Francesco Giuseppe Catullo, Ai Confini della Responsabilità Penale: Che Colpa Attribuire a Google, *Giurisprudenza di Merito*, 159-167, 2011; Giuseppe Cassano, Google v. ViviDown: Responsabilità Assolute e Fine di Internet, *Diritto di Famiglia*, 1826-1844, 2010; Alberto Musso, La Proprietà Intellettuale nel Futuro della Responsabilità sulla Rete: Un Regime Speciale?, *Diritto dell'Informatica*, 795-827, 2010; Vincenzo Franceschelli, Sul Controllo Preventivo del Contenuto dei Video Immessi in Rete e i Provider. A Proposito del Caso Google/Vivi Down, *Rivista di Diritto Industriale*, 347, 2010; Leonardo Bugiolacchi, (Dis)orientamenti Giurisprudenziali in Tema di Responsabilità degli Internet Provider (Ovvero del Difficile Rapporto tra Assenza di Obblighi di Controllo e Conoscenza dell'Illecito), *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1568, 2010..

si imponesse nel nostro diritto sarebbero pregiudicate e la libertà dei singoli e quella della infrastruttura Internet.

14. Conclusione. Come un acrobata sull'acqua

Lo sviluppo dei siti di social networking rappresenta un peculiare modo di fruizione della rete Internet. Le potenzialità connesse a tali servizi, se da un lato permettono l'interazione tra gli utenti e l'esercizio di diritti fondamentali – quale è, ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero –, dall'altro impongono un ripensamento delle condizioni di responsabilità per le violazioni di altri diritti fondamentali, quali la tutela del risultato creativo (diritto d'autore) e della riservatezza. In particolare, è necessario affrontare tali questioni facendo riferimento al ruolo ed alla posizione dei provider di tali servizi, con riferimento sia all'effettivo grado di neutralità rispetto alle attività poste in essere dai propri utenti, sia alla possibilità di un intervento a tutela dei diritti di terzi (di tipo repressivo o comunque teso a favorire l'accertamento dell'effettiva illiceità delle stesse).

Come si è ampiamente detto, sul piano teorico e di politica del diritto molte potrebbero essere le opzioni idonee a delineare un efficace impianto legislativo e regolatorio che favorisca la legalità dei contenuti scambiati e delle attività poste in essere sui siti di social networking. Riteniamo che l'impianto offerto dalla Direttiva sul commercio elettronico sia tuttora valido e conforme a condivisibili raccomandazioni di politica del diritto.

Come si è visto negli esempi paradigmatici relativi alle violazioni del diritto d'autore e delle norme penalistiche e la relativa responsabilizzazione dei provider, l'attuale scenario normativo corre il rischio di discostarsi e dal modello positivamente accolto dal D.Lgs. 70/2003 e dalle raccomandazioni illustrate nella prima parte del presente contributo.

Auspichiamo pertanto interpretazioni che si uniformino rigorosamente a tale modello, anche perché le "autostrade dell'informazione"³¹ sono per loro natura fluide. Qualsiasi intervento a tal riguardo deve pertanto mantenere l'equilibrio tra i diversi interessi che circolano su tali autostrade, levigare le criticità come un sasso, ed avere la stessa levità di "un acrobata sull'acqua".

³¹ Gustavo Ghidini, *Profili Evolutivi del Diritto Industriale*, 212, Giuffrè, 2001.

